This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

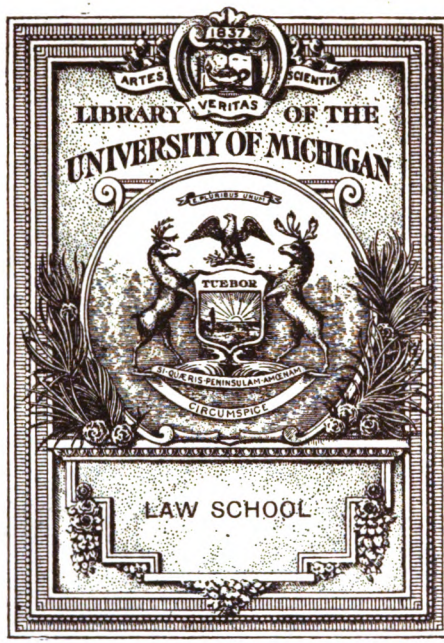
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

K21 .C725x


ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUÆRIS PENINSULAM AMŒNAM
CIRCUMSPICE
LAW SCHOOL

FL2
R46
C934
Stor
A3837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE F. PICHON, 30, RUE DE L'ARBALÈTE, & 24, RUE SOUFFLOT.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Prés. de Ch. honor. à la Cour de cass., Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Ancien prés. de section au Cons. d'État. Membre de l'Institut.

BATBIE
Profess. à la Faculté de droit de Paris, Sénateur, Membre de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

C. Accarias, inspecteur général des Facultés de droit;
Courcy (A. de), auteur des *Questions de Droit maritime;*
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Albert Desjardins, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, président de section au Conseil d'État;
Ch. Lyon-Caen, professeur à la Faculté de droit de Paris;
L. Renault, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

G. Debacq, avocat à la Cour d'appel de Paris; G. Lebret, professeur à la Faculté de droit de Caen; Ch. Massigli, professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier; H. Monnier, professeur agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux; Pascaud, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; Planiol, professeur agrégé à la Faculté de droit de Rennes; Ch. Testoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; E. Thaller, professeur à la Faculté de droit de Lyon; Wallon, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

49462

XXXIVe ANNÉE
Nouvelle série. — TOME XIV.

PARIS
LIBRAIRIE COTILLON
F. PICHON, Sr, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,
24, rue Soufflot, 24
1885

Digitized by Google

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

(Année judiciaire 1883-1884).

Par M. E. Wallon, professeur agrégé près la faculté de droit de Toulouse.

Colis postaux. — Les contestations qui s'élèvent entre les compagnies et les expéditeurs ou destinataires, à l'occasion du transport des colis postaux, doivent-elles être déférées aux tribunaux judiciaires ou aux tribunaux administratifs ?

Délit de Presse. — La poursuite dirigée contre le gérant d'un journal pour refus d'insertion d'une réponse peut-elle être intentée devant tout tribunal dans le ressort duquel le journal est distribué ?

Elections municipales. — Un citoyen peut-il, sans son consentement, être porté sur une liste électorale ?

Enseignement primaire. — Un instituteur révoqué peut-il réclamer des dommages-intérêts fondés sur l'inexécution d'une convention lui garantissant la jouissance de bâtiments communaux ?

Manœuvres militaires. — L'État doit-il être déclaré responsable des dommages causés aux propriétaires par des manœuvres militaires ?

Presse. — La loi sur la Presse de 1881 a-t-elle modifié les pouvoirs de l'autorité municipale en ce qui concerne la profession de crieur public ?

Travaux publics. — En matière de concession de chemins de fer, est-il permis de compléter les stipulations du cahier des charges par l'application des principes du droit commun ?

COLIS POSTAUX.

Les contestations qui s'élèvent entre les compagnies et les expéditeurs ou destinataires, à l'occasion du transport des colis postaux, doivent-elles être déférées aux tribunaux judiciaires ou aux tribunaux administratifs ?

La Cour de cassation, saisie de cette question fort importante au point de vue pratique, s'est prononcée en faveur de la compétence des tribunaux administratifs dans un arrêt à la date du 11 février 1884 (Sir., 1884, 1, 385).

L'exposé des faits est des plus simples. Le sieur Gerbaud, négociant, a assigné la Compagnie des chemins de fer du Midi devant le tribunal de commerce de Narbonne en paiement de 15 francs à titre de dommages-intérêts pour défaut de remise d'un colis postal à sa destination. La Compagnie a décliné la compétence du tribunal saisi et demandé le renvoi de l'affaire devant

Digitized by Google

la juridiction administrative. Le tribunal ayant rejeté l'exception proposée, la Compagnie a interjeté appel devant la Cour d'appel de Montpellier, et le préfet de l'Hérault est intervenu, au nom de l'État, au soutien des prétentions de la Compagnie et a proposé un déclinatoire d'incompétence. La Cour d'appel a admis l'incompétence du tribunal de commerce. Le sieur Gerbaud s'est alors pourvu en cassation, mais son pourvoi a été rejeté.

Pour la solution de la question, il n'est pas inutile de rappeler en quelques mots la législation toute récente qui régit l'institution des colis postaux. Le 3 novembre 1880, a été conclue, à Paris, entre les représentants des États qui avaient adhéré à l'Union postale universelle du 9 octobre 1874, une convention internationale dont le protocole final portait : « Au moment de procéder à la signature de la convention conclue à la date de ce jour, relativement à l'échange des colis postaux, les plénipotentiaires soussignés sont convenus de ce qui suit : art. 1er. Tout pays où la poste ne se charge pas actuellement du transport des petits colis et qui adhère à la convention sus-mentionnée devra s'entendre avec les entreprises de chemins de fer et de navigation pour assurer la complète exécution, par ces derniers, de toutes les clauses de la convention ci-dessus... ». Or, l'administration des postes françaises n'avait pas à sa disposition les moyens d'opérer elle-même le transport des colis postaux ; tout lui manquait pour cela, et les locaux pour la réception des colis, et un service de messageries pour le transport aux gares, et un factage organisé pour la distribution aux destinataires. C'est pourquoi, le gouvernement s'entendit avec les compagnies françaises des chemins de fer et les compagnies maritimes subventionnées et conclut avec elles, le 2 novembre 1880, une convention dont l'article 1er est ainsi conçu : « Les compagnies s'engagent à effectuer le transport des colis postaux de 3 kilogrammes et au-dessous dans les conditions fixées par les projets de convention... Elles consentent à être substituées, pour tout ce qui concerne le transport au moyen de leur service, aux avantages et aux obligations résultant, pour le gouvernement français, des stipulations de ces projets de convention et de règlement..... » Et l'art. 10 de la même convention ajoute : « Toutes

Digitized by Google

les contestations auxquelles pourraient donner lieu, entre l'administration, les compagnies et les tiers, l'exécution et l'interprétation de la présente convention, ainsi que de la convention internationale et du règlement d'exécution auquel elle se réfère, seront jugées par les tribunaux administratifs. » Ajoutons que ces deux conventions ont été approuvées par une loi du 3 mars 1881.

En présence d'un texte aussi clair et aussi formel que celui de l'art. 10 précité, il ne paraît pas possible de refuser aux tribunaux administratifs la connaissance des contestations entre les compagnies et le public, relativement au transport des colis postaux. Cependant l'opinion contraire a été soutenue et le journal *Le Droit* du 7 mai 1884 rapporte une décision du Conseil de préfecture d'Ille-et-Vilaine, à la date du 22 février 1884, qui attribue compétence à la juridiction consulaire. Il est assez curieux de rechercher à l'aide de quelle argumentation on a pu arriver à donner à ce système une apparence de vérité.

Trois interprétations de l'art. 10 ont été proposées.

D'après la première, l'art. 10 devrait être lu ainsi : « Les tribunaux administratifs sont compétents pour statuer sur les contestations entre l'administration, d'une part, et les compagnies et les tiers ou le public, d'autre part; les contestations entre les compagnies et les tiers ou le public ressortissent à la juridictiou ordinaire. » — C'est refaire l'article au lieu de l'appliquer; nous n'avons donc pas besoin d'insister sur cette interprétation.

Nous ne nous arrêterons pas non plus à une deuxième interprétation d'après laquelle l'expression *tiers* de l'art. 10 ne comprendrait pas les expéditeurs. Ceux-ci, a-t-on dit, ont figuré dans la convention du 2 novembre, puisqu'on a stipulé pour eux (art. 1121, Cod. civ.); ils ont donc la qualité de parties contractantes, et, dès lors, ils ne peuvent pas être considérés comme des tiers. — Cette thèse est inadmissible. En effet, entre quelles parties a été passée la convention du 2 novembre 1880 ? Entre l'administration et les compagnies. Ce sont les seules parties contractantes, car c'est entre elles seulement qu'ont été discutées les clauses et conditions du contrat. Quant aux expéditeurs, ils ne sont pas parties contractantes, puisqu'ils n'ont pas pu

Digitized by Google

imposer leur volonté ; ils sont donc des tiers. D'ailleurs, avec ce système, qui serait tiers? Absolument personne.

Reste la troisième interprétation ; elle est plus ingénieuse que les deux précédentes; mais elle n'est pas moins arbitraire.

L'art. 10, dit-on, vise uniquement les contestations auxquelles pourraient donner lieu l'interprétation et l'exécution de la convention. Or, lorsque une contestation s'élève entre une compagnie et un particulier, ce n'est pas dans l'interprétation des clauses de la convention que devra être cherchée la solution du différend, mais bien dans le contrat particulier de transport intervenu entre la compagnie et le demandeur. Par conséquent, l'interprétation, même littérale, de l'art. 10 conduit au résultat suivant : il édicte la compétence administrative uniquement pour les difficultés que peuvent soulever entre l'administration et les compagnies l'interprétation et l'exécution des stipulations contenues dans la convention ; quant aux difficultés qui s'élèvent entre les compagnies et le public, elles prennent naissance en dehors des cas prévus et réglés par cette convention; elles restent donc soumises à la juridiction de droit commun. Mais alors quels sont les tiers dont parle l'art. 10? Ce sont, d'après les partisans de ce système, les ayant-cause des compagnies, notamment les entrepreneurs de factage ou de camionnage.

A l'appui de cette explication on invoque les principes qui régissent l'exploitation des chemins de fer. Il est admis par une jurisprudence constante que la connaissance des contestations entre les compagnies de chemins de fer et les expéditeurs appartient à l'autorité judiciaire, alors même que la solution de ces contestations exigerait l'interprétation des cahiers des charges et des tarifs. La compétence n'est réservée à l'autorité administrative que lorsque le débat s'agite entre l'administration et les compagnies, parce que dans ce cas l'intérêt public est en jeu. Or, dit-on, l'art. 10 a précisément pour but de reproduire la clause qu'on rencontre dans presque tous les cahiers de charges des concessions de chemins de fer et par laquelle l'administrateur et les compagnies concessionnaires stipulent que leurs différends seront tranchés par la juridiction administrative. D'ailleurs, pour quels motifs admettre une règle différente, lorsque, au lieu

Digitized by Google

de transporter des marchandises et des personnes, les compagnies transportent des colis postaux?

Au surplus, ajoute-t-on, édicter la compétence administrative pour les contestations entre les compagnies et les expéditeurs, c'est déroger au droit commun. Or, peut-on admettre qu'une convention passée même en la forme administrative apporte une dérogation à la loi? Cette convention a, il est vrai, été approuvée par une loi, mais l'approbation dont il s'agit n'ajoute rien à la convention; elle ne produit d'effet qu'en ce qui concerne les conditions financières; pour le surplus, elle laisse les choses en l'état, c'est-à-dire que la convention reste une simple convention impuissante à apporter par elle-même aucune dérogation au principe de la séparation des pouvoirs.

Tels sont les arguments invoqués à l'appui de la troisième interprétation. Ces arguments peuvent se réduire à trois. Nous allons les reprendre successivement et les réfuter.

Premier argument. — Les tiers dont il est question dans l'article 10 comprennent uniquement les ayant-cause des compagnies, les entrepreneurs de factage et de camionnage. — Entendre ainsi cette expression *tiers*, c'est la détourner de son sens ordinaire. Le mot *tiers* est, en effet, employé, dans le langage juridique, par opposition aux parties contractantes. Or, les expéditeurs ou destinataires ne sont pas des parties contractantes; ils sont donc des tiers. Pour leur refuser cette qualification, il faudrait un texte formel, et ce texte n'existe pas. L'article 10 est conçu dans les termes les plus généraux; il ne crée aucune restriction; il ne doit donc comporter aucune distinction.

Deuxième argument. — Au point de vue de la compétence, on doit assimiler les actions en responsabilité intentées par des particuliers contre les compagnies à raison du transport des personnes et des marchandises et les actions intentées à l'occasion du transport des colis postaux. — L'assimilation entre ces deux hypothèses est loin d'exister. Dans le premier cas, en effet, les compagnies adjudicataires ou concessionnaires sont de véritables entrepreneurs de transport; les contrats qu'elles passent avec les particuliers sont des contrats ordinaires; dès lors, il est tout naturel que la juridiction civile soit seule compétente pour interpréter les

Digitized by Google

clauses de ces contrats et en assurer l'exécution. Au contraire, les compagnies se sont chargées du transport des colis postaux; elles ne sont pas devenues adjudicataires ou concessionnaires de ce nouveau service; elles ont simplement consenti, moyennant une rétribution assez minime, à prêter leur matériel et leur personnel pour que ce service pût fonctionner. Le jour où l'administration aura à sa disposition les moyens d'action lui permettant de transporter les colis postaux, elle n'aura pas recours aux compagnies; c'est, du moins, ce qui paraît résulter d'une instruction ministérielle d'avril 1881 et surtout du silence de la convention du 2 novembre relativement à la durée des engagements des contractants. Cela prouve donc bien qu'il n'y a eu ni adjudication ni concession nouvelle faite aux compagnies. Au reste, celles-ci ont eu le soin de stipuler dans l'art. 1er de la convention « qu'elles seront substituées aux avantages du gouvernement. » Or, l'un des avantages dont aurait joui le gouvernement, s'il avait effectué lui-même le transport des colis postaux, eût été l'attribution de compétence aux tribunaux administratifs pour l'appréciation des contestations se rattachant à ce transport. Il n'est pas douteux, en effet, que si, l'administration s'était chargée de ce service, toutes les difficultés survenues à raison de la perte ou de l'avarie des colis postaux eussent été portées devant la juridiction administrative. Le service des colis postaux est évidemment un service postal et le service de la poste est essentiellement administratif. Donc, les compagnies, qui ont été substituées aux avantages de l'administration, jouissent, comme elle, du privilège de juridiction.

Toutefois cette dernière proposition a été contestée. Le contentieux des postes, a-t-on dit, n'appartient pas toujours à la juridiction administrative. Le caractère administratif ne s'étend pas à tous les services des postes; ainsi, l'art. 3 de la loi du 4 juin 1859 sur le transport des valeurs déclarées par la poste dispose que « en cas de contestation l'action en responsabilité est portée devant les tribunaux civils ». Pourquoi en est-il ainsi? parce que le service des transports de valeurs est un service accessoire. Il doit en être de même de tous les services accessoires et en particulier, du service des colis postaux. — La réponse est aisée. En

Digitized by Google

matière postale, la règle est la suivante : l'administration ne peut être actionnée en responsabilité par les particuliers que devant les tribunaux administratifs. Pour déroger à cette règle, il faut un texte formel, indiscutable, et ce texte fait défaut. On invoquerait vainement l'art. 3 de la loi du 4 juin 1859 précitée. Cet article constitue, en effet, une disposition exceptionnelle ; par conséquent il ne peut être étendu à un cas différent de celui qu'il prévoit.

Troisième argument. — Une convention est impuissante à déroger au principe de la séparation des pouvoirs. — Il suffit, pour faire tomber cette objection, de rappeler que la convention du 2 novembre a été approuvée par la loi du 8 mars 1881 ; elle a donc force de loi. Or, la loi est souveraine.

En résumé, que reste-t-il de tout cet échafaudage de raisonnements? Absolument rien. En conséquence, nous conclurons, avec la Cour suprême, à la compétence de la juridiction administrative.

Mais il est une deuxième question que nous devons examiner; c'est celle de savoir devant quel tribunal administratif sera portée la contestation. Sera-ce devant le conseil de préfecture ou devant le ministre des postes et des télégraphes? Le doute ne paraît pas possible. En matière administrative, le ministre est le juge de droit commun ; les conseils de préfecture, constituant des tribunaux d'exception, ne peuvent être saisis qu'en vertu d'un texte formel. Or, l'art. 10 ne désigne expressément aucun tribunal, on doit donc recourir à la juridiction de droit commun, c'est-à-dire à la juridiction ministérielle. Cette solution a cependant été contestée et l'on a cherché à établir la compétence des conseils de préfecture au moyen du raisonnement suivant : l'art. 10 de la convention de 1880 a complétement assimilé, au point de vue de l'attribution de compétence, les contestations que soulève le service des colis postaux aux contestations nées entre l'Etat et les compagnies à raison du transport des personnes et des marchandises. Or, dans ce dernier cas, les conseils de préfecture sont évidemment compétents. Il doit donc en être de même en matière de colis postaux. Cet argument n'est que spécieux. Si les conseils de préfecture sont compétents pour connaître des différends entre l'État et les compagnies de chemin de fer, c'est parce que

Digitized by Google

cette compétence leur est attribuée par un texte formel, l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Mais ce texte ne peut pas être étendu à notre hypothèse; d'autre part, l'art. 10 en parlant des tribunaux administratifs n'a pas indiqué quel serait celui de ces tribunaux qu'on devrait saisir; il faut donc s'en tenir au droit commun et attribuer compétence au ministre des postes et télégraphes.

DÉLIT DE PRESSE.

La poursuite dirigée contre le gérant d'un journal pour refus d'insertion d'une réponse peut-elle être intentée devant tout tribunal dans le ressort duquel le journal est distribué?

Aux termes de l'art. 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, « le gérant sera tenu d'insérer, dans les trois jours de leur réception ou dans le plus prochain numéro, s'il n'en était pas publié avant l'expiration des trois jours, les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique, sous peine d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs..... Cette insertion devra être faite à la même place et en mêmes caractères que l'article qui l'aura provoquée. » L'article 45 ajoute : le refus d'insertion constitue un délit qui sera déféré aux tribunaux correctionnels. Or, d'après l'art. 60 de la même loi, la poursuite devant les tribunaux correctionnels aura lieu conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle. Suivant l'art. 63 dudit Code, toute personne qui se prétend lésée par un délit, peut saisir de sa plainte soit le tribunal du lieu du délit, soit celui du lieu de la résidence du prévenu, soit celui du lieu où il pourra être trouvé. En matière de presse, le lieu du délit est tout lieu où le journal est distribué; donc, le gérant peut être poursuivi, pour refus d'insertion d'une réponse, devant tout tribunal correctionnel dans le ressort duquel le journal a été publié. Telle est la solution admise par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 novembre 1883 (Sir., 1884, 1, 89).

Toutefois, cette solution a soulevé de vives critiques, et l'on a soutenu que le tribunal correctionnel du domicile du gérant est seul compétent pour connaître de ce délit. A l'appui de ce dernier système, voici comment on a raisonné : en quoi consiste le délit résultant du refus d'insertion ? en ce que la rectification n'a pas

Digitized by Google

paru dans l'un des trois numéros publiés depuis la demande d'insertion. Or, dit-on, il n'y a pas là un véritable délit de presse. En effet, un délit de presse est essentiellement un fait de publication; ici, au contraire, le délit consiste précisément dans l'absence de toute publication. Sans doute, l'infraction s'est produite à l'occasion de la presse, mais non par la voie de la presse. Il y a assimilation entre le délit qui nous occupe et le délit résultant du défaut de déclaration d'une naissance dans les délais voulus. Dans ce dernier cas prévu par l'art. 346 du Code pénal, on ne saurait dire évidemment que le délit a été commis par la voie des registres de l'état civil. En réalité, le délit de l'art. 13 de la loi de 1881 a été commis dans les bureaux du journal ou dans le cabinet du gérant, dans le lieu, en un mot, où ce dernier a arrêté ou est censé avoir arrêté la composition des numéros qui ont paru dans le délai ouvert pour l'insertion de la réponse. Donc, conclut-on, c'est là seulement devant le tribunal de l'arrondissement dans lequel ce lieu est situé, ou au domicile du gérant, que la poursuite peut être intentée.

Ce raisonnement est assurément ingénieux, mais il n'est pas concluant. En effet, le délit résulte, non pas du refus d'insertion de la part du gérant, mais de la publication d'un journal qui ne contient pas la réponse dans les délais et les formes imposées par la loi. L'infraction ne réside pas dans la volonté du gérant : ce qui le prouve, c'est que l'infraction existerait alors que l'insertion aurait eu lieu, si par un événement quelconque, même indépendant de la volonté du gérant, la rectification n'était pas publiée. A l'inverse, en supposant l'hypothèse peu réalisable, il est vrai, où la réponse paraîtrait en temps opportun, même contre la volonté du gérant, il n'y aurait pas infraction, puisque le vœu de la loi serait rempli. C'est donc la publication fautive qui constitue le délit.

Nous avons par cela même réfuté l'argument tiré de l'analogie entre le délit de refus d'insertion et le délit prévu par l'art. 346, Cod. pén. Ce que la loi punit dans ce dernier article, c'est l'omission de la déclaration de naissance; il ne saurait être question de la publication de la déclaration; donc, on ne peut établir aucune assimilation entre ces deux situations.

Digitized by Google

Au surplus, les partisans de l'opinion que nous combattons reconnaissent que dans le cas où il s'agirait d'une formalité matérielle imposée par la loi et dont les numéros devraient porter la trace, l'omission de cette formalité constituerait un véritable délit de presse consistant dans la publication de ces numéros incomplets. Ils admettent notamment que, dans l'hypothèse de l'art. 11, c'est-à-dire à défaut d'indication du nom du gérant au bas de tous les exemplaires du journal, la poursuite peut être intentée partout où ce journal a été publié. Une pareille concession n'est-elle pas la réfutation même du système? Quelle différence y a-t-il, en effet, entre le cas où le gérant a refusé de mettre son nom au bas des exemplaires vendus et celui où il refuse de publier la rectification? La prescription de l'art. 13 est-elle moins formelle que celle de l'art. 11? Si, dans cette dernière hypothèse, on autorise la poursuite partout où le journal est publié, pourquoi en serait-il autrement lorsqu'il y a infraction à l'art. 13? Nous avons vainement cherché les motifs de cette distinction.

Nous approuvons donc entièrement la décision de la Cour de cassation.

ÉLECTIONS MUNICIPALES.

Un citoyen peut-il, sans son consentement, être porté sur une liste électorale?

Au cours de l'année judiciaire 1883-1884, deux décisions ont été rendues sur ce point : 1° une ordonnance de référé du président du tribunal civil de Toulouse, en date du 10 mai 1884 (*Revue gén. d'adm.* 1884, t. II, p. 197); 2° un jugement du tribunal de Tours, du 11 juin 1884 (Sir., 1884, 2, 128). L'ordonnance de référé a admis l'affirmative; la solution contraire a été adoptée par le tribunal de Tours. Au surplus, la question n'était pas neuve en jurisprudence; elle avait déjà donné lieu à de nombreuses décisions toutes rendues dans le sens du jugement du tribunal de Tours. Nous citerons, parmi les plus récentes, un jugement du tribunal de Nevers du 22 juin 1881 (Sir., 1881, 2, 246); un jugement du tribunal de Châteauroux du 14 avril 1881 (*Revue gén. d'adm.* 1881, t. III, p. 62) et un arrêt de la Cour de Rouen du 27 décembre 1878 (Sir., 1879, 2, 69).

A première vue, l'ordonnance de référé du président du tribu-

Digitized by Google

nal de Toulouse paraît être en opposition avec les autres décisions précitées; mais, si, au lieu de s'en tenir au sommaire de l'arrêtiste, on examine de près les espèces à l'occasion desquelles ces diverses décisions sont intervenues, on ne tarde pas à s'apercevoir qu'elles sont complètement différentes.

La question présente, en effet, deux aspects parfaitement distincts. Ou bien, il s'agit d'un citoyen non candidat que des électeurs viennent arracher à la vie privée dans laquelle il veut se renfermer pour le lancer, malgré lui, dans la mêlée électorale; ou bien, au contraire, c'est un candidat qui s'est volontairement porté sur une liste électorale et dont le nom est mis, sans son consentement, sur une nouvelle liste ayant une autre couleur politique.

A la première hypothèse se réfèrent le jugement du tribunal de Nevers et le jugement du tribunal de Tours (c'est du moins ce qui nous a paru résulter d'une lecture attentive de ces deux décisions); à la deuxième, le jugement du tribunal de Châteauroux, l'arrêt de la Cour de Rouen et l'ordonnance du président du tribunal de Toulouse. Passons successivement en revue ces deux hypothèses.

Première hypothèse. — Un citoyen non candidat est porté, sans son consentement, sur une liste électorale. — Nous estimons qu'il a le droit de s'opposer à cette manœuvre, quand même la liste sur laquelle figure son nom n'aurait aucun caractère politique. La liberté de conscience, dans sa plus haute expression, comprend, en effet, non seulement le droit de penser et d'agir, mais aussi le droit de s'abstenir qui est souvent un mode éloquent d'exprimer sa pensée. Chacun est souverain juge du point de savoir s'il doit ou non manifester ses opinions, qu'elles soient philosophiques, religieuses, sociales ou politiques. Méconnaître ce principe, c'est porter la plus grave atteinte à ce qui caractérise l'essence même de l'être humain, à sa personnalité intellectuelle et morale.

Mais par quels moyens un citoyen pourra-t-il s'opposer à ce qu'on fasse usage de son nom sans son consentement? Avant la loi du 20 décembre 1878, les bulletins de vote pour les élections municipales ne pouvaient être distribués qu'autant qu'un exem-

Digitized by Google

plaire signé par les candidats avait été déposé au parquet. L'omission de cette formalité rendait le distributeur passible de peines correctionnelles. En refusant sa signature, un citoyen avait donc le moyen légal d'empêcher qu'on n'abusât de son nom. Mais la loi de 1878, confirmée par l'art. 3 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, a affranchi tous les bulletins de vote du dépôt au parquet; aussi, sous l'empire de la législation actuelle, un citoyen, candidat malgré lui, n'a qu'un moyen à sa disposition, l'action civile en dommages-intérêts contre les auteurs et l'imprimeur de la liste. Les auteurs, il est vrai, demeureront souvent inconnus; mais il n'en sera pas de même de l'imprimeur, car, aux termes de l'art. 2 de la loi de 1881, sur la presse « tout imprimé rendu public, à l'exception des ouvrages de ville ou bilboquets (les bulletins de vote ne sont pas évidemment compris dans l'exception), portera l'indication du nom et du domicile de l'imprimeur, à peine contre celui-ci d'une amende de 5 francs à 15 francs. »

Accorder l'action civile, c'est faire à notre matière l'application pure et simple de l'art. 1382 du Code civil, d'après lequel « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Pour qu'il y ait responsabilité civile et obligation personnelle de réparation, trois conditions sont nécessaires : 1° le fait doit être imputable à son auteur; 2° le fait doit être illicite; 3° il doit avoir causé un dommage soit matériel, soit simplement moral. Dans l'espèce, ces trois conditions sont remplies. Les manœuvres que nous réprouvons seront certainement toujours imputables à leurs auteurs. Le fait est évidemment illicite; qu'est-ce, en effet, qu'un fait illicite ? C'est toute atteinte portée injustement au droit d'autrui. Or, s'il est un droit précieux entre tous, c'est le droit de s'abstenir de manifester ses opinions. Enfin le fait est dommageable; il y aura souvent un dommage matériel, toujours un dommage moral résultant de ce qu'on a prêté à un citoyen une couleur ou une attitude politique qu'il ne lui convenait pas de prendre.

Des explications précédentes, il résulte que nous approuvons entièrement les décisions des tribunaux de Nevers et de Tours. Nous extrayons du jugement rendu par le tribunal de Tours les

Digitized by Google

considérants suivants : « Attendu qu'aucun citoyen ne peut être porté malgré lui comme candidat sur une liste électorale ; que le fait de publier une candidature, sans le consentement de la personne qu'elle concerne et qui seule juge des risques qu'une élection peut lui faire encourir, est un acte illicite ; — Attendu que l'atteinte portée aux droits des demandeurs est cause pour ceux-ci d'un double dommage, moral et matériel ; que la publicité a non seulement blessé les demandeurs dans des sentiments étant du domaine de leur conscience, mais leur a été préjudiciable dans leurs intérêts de fortune, en exposant des hommes d'affaires, des négociants et des industriels à perdre la clientèle de personnes mécontentes de voir leurs noms inscrits avec ceux des candidats dont ils ne partagent pas les opinions..... »

Deuxième hypothèse. — Un candidat, c'est-à-dire un citoyen qui s'est volontairement porté sur une liste, est inscrit, sans son consentement, sur une autre liste. — Il peut, d'après le tribunal de Châteauroux et la Cour de Rouen, intenter une action en dommages-intérêts contre ceux qui ont disposé de son nom. Cette action lui est, au contraire, refusée par l'ordonnance de référé du président du tribunal de Toulouse. Cette dernière solution nous paraît seule conforme aux principes. Tout électeur a, en effet, le droit d'opter entre les candidatures multiples qui s'offrent à lui et de composer une liste où figurent des noms pris sur les diverses listes en présence. D'autre part, c'est un droit non moins incontestable pour chaque électeur de faire connaître à ses concitoyens la manière dont il a l'intention de voter, d'indiquer ses préférences électorales. Ces droits que personne ne déniera à l'électeur au moment du vote lui appartiennent également pendant tout le cours de la période électorale. Un électeur pourra donc, par avance, arrêter son choix, faire sa liste et proposer cette liste, sous forme d'affiches, au corps électoral. Mais ce que peut faire un électeur individuellement déterminé, un groupe d'électeurs le peut aussi. Rien ne s'y oppose, ni la loi, ni la raison.

D'ailleurs, de quoi se plaindrait le candidat dont le nom se trouve ainsi porté sur une autre liste que celle de son choix ? De ce qu'on le contraint à arborer un drapeau qui n'est pas le

Digitized by Google

sien; de ce qu'on le désigne comme le partisan d'une opinion, peut-être même comme le complice d'une manœuvre et d'une intrigue qu'il désavoue? Mais, il n'a qu'à protester, qu'à déclarer qu'il ne s'associe pas à la combinaison où son nom figure, qu'il ne votera pas pour les candidats en compagnie desquels il se trouve sur la nouvelle liste. Enfin, si ces protestations lui paraissent insuffisantes, qu'il se retire de la lutte. A cela se borne son droit. Tant qu'il est candidat, il appartient aux électeurs ; comme l'a dit très justement le Président du tribunal de Toulouse, « il a livré sans réserve son nom au choix du corps électoral, et par cela même, virtuellement aliéné, tant que sa candidature demeure en jeu, une partie des prérogatives que lui confère la propriété absolue de ce nom. » Admettre le système contraire, serait autoriser un candidat à tenir aux électeurs le langage suivant : une liste est un tout indivisible dont vous ne pouvez pas modifier l'organisation ; si vous votez pour moi, vous êtes également obligés de voter pour tous mes partisans ; je vous défends d'accoler mon nom à ceux de candidats figurant sur une autre liste; je n'entre, en effet, dans la lutte électorale qu'à des conditions et avec des garanties dont il n'appartient qu'à moi de fixer le caractère et la nature. — Singulier raisonnement ! Ce serait la négation même du droit d'option qui appartient à tout électeur.

Nous pensons donc que les électeurs sont les souverains maîtres de modifier suivant leurs convenances les listes de candidats.

Vainement objecterait-on que, au moyen d'une liste artificieusement combinée, en plaçant un nom flétri à côté d'un nom honorable, on pourra impunément commettre une grave injure, un véritable scandale public. — L'objection ne tendrait à rien de moins qu'à demander la suppression de l'usage d'un droit à cause de l'abus possible du droit. Or, quel est le principe qui, poussé dans ses dernières limites, ne puisse donner lieu à des abus ? Aussi bien, dans l'hypothèse d'une liste insultante ou injurieuse pour autrui, nous admettrions que la justice devrait intervenir et punir l'auteur d'une pareille manœuvre.

S'ensuit-il que, sur ce dernier point, nous soyons en parfait accord avec les partisans du système opposé? Au premier abord, on pourrait le croire; cependant il n'en est rien. Les deux sys-

Digitized by Google

tèmes entraînent, en effet, des solutions différentes sur la question de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve. Dans l'opinion que nous combattons, le fait d'avoir placé un candidat sur une liste autre que celle de son choix étant, en principe, abusif, le demandeur n'aura aucune preuve à établir. Il appartient aux auteurs de la susdite liste de démontrer que cette combinaison n'a causé au candidat aucun dommage matériel ou moral. D'après nous, au contraire, la preuve sera à la charge du candidat. Il devra établir que les auteurs de la combinaison dont il se plaint ont abusé de leur droit, qu'ils lui ont causé un dommage en se livrant à une manœuvre attentoire à son honneur, à sa considération. L'intérêt de la distinction est considérable. Qui ne sait, en effet, combien, en pareille matière, la preuve sera souvent difficile à administrer ?

ENSEIGNEMENT PRIMAIRE.

Un instituteur révoqué peut-il réclamer des dommages-intérêts fondés sur l'inexécution d'une convention lui garantissant pendant un certain temps la jouissance de bâtiments communaux?

La Cour de cassation, saisie de cette question, l'a résolue négativement dans un arrêt du 12 mars 84 (Journ. *Le Droit*, 14 avril 1884).

Rappelons rapidement les faits.

A la date du 4 octobre 1877, entre les sœurs de Nevers (Congrégation autorisée) et la commune de Prémery (Nièvre) représentée par une commission administrative, est intervenue une convention par laquelle la commune de Prémery concède gratuitement aux sœurs de Nevers, pour une période de vingt années, la jouissance d'un immeuble communal, dit le Vieux-Château, tant pour y diriger l'école communale et le pensionnat en dépendant, que pour y établir le logement de l'institutrice et de ses adjointes. Dès le 26 mai 1878, le conseil municipal qui a succédé à la commission administrative émet le vœu qu'une école laïque soit substituée à l'école congréganiste. Quelques mois plus tard, le 10 août 1878, une deuxième délibération est prise dans le même sens. Le 27 juillet 1879, un arrêté du préfet de la Nièvre décide que la direction de l'école sera remise à une institutrice laïque et que les sœurs devront avoir évacué l'établissement, au

Digitized by Google

plus tard, le 1er septembre 1879. Les sœurs de Nevers font alors donner assignation au maire de la commune de Prémery d'avoir à comparaître devant le président du tribunal civil de Cosne siégeant en audience de référé, pour voir dire et déclarer qu'elles resteront provisoirement dans les locaux affectés à l'école jusqu'à ce qu'il ait été statué par la juridiction compétente sur la validité du contrat intervenu entre elles et la commune. Le préfet élève le conflit et le Tribunal des conflits considérant, avec raison, qu'il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de prendre des mesures provisoires ayant pour but de faire échec à l'exécution d'un acte administratif, confirme l'arrêté de conflit. Dès lors, les sœurs attaquent la commune en dommages-intérêts, pour inexécution de la convention du 4 octobre 1877. Le tribunal de première instance ayant fait droit à leur demande, l'affaire est portée en appel devant la Cour de Bourges qui infirme le premier jugement et déboute les sœurs de leur demande en dommages-intérêts. Celles-ci se pourvoient en cassation; mais la Cour suprême faisant, d'après nous, une saine application de la loi, rejette le pourvoi.

Avant d'examiner les difficultés que soulève le point de droit, nous présenterons deux observations relatives, la première, à la question de compétence, la seconde, à la légalité de l'arrêté préfectoral.

En ce qui concerne la compétence, le doute n'est pas possible : l'autorité judiciaire a été régulièrement saisie. En effet, le contrat conclu dans l'espèce entre la congrégation religieuse et la commune est un acte de droit privé, régi par le Code civil. En réglant avec des instituteurs les conditions auxquelles ils s'engagent à donner l'instruction, le maire ne fait pas un acte d'autorité, mais un simple acte de gestion communale. Par conséquent, les réclamations formées en vertu de ce contrat, rentrent, à défaut de loi spéciale qui en attribue la connaissance aux tribunaux administratifs, dans le domaine de la juridiction civile.

Quant à la légalité de l'arrêt préfectoral, elle n'est pas non plus douteuse. Comme tous les fonctionnaires publics de l'ordre administratif, les instituteurs communaux, laïques ou congréganistes, sont essentiellement amovibles, révocables *ad nutum*. Ce

Digitized by Google

pouvoir de révocation peut s'exercer, soit à raison de considérations particulières tenant à la personne de l'instituteur, soit à raison de considérations générales tirées de la nature même de l'enseignement et du choix des méthodes. A qui appartient le droit de révocation? Actuellement, aux préfets, en vertu des lois du 15 mars 1850 et du 14 juin 1854. D'après l'art. 8 de la loi de 1854, « le préfet exerce, sous l'autorité du ministre de l'instruction publique et sur le rapport de l'inspecteur d'académie, les attributions déférées au recteur par la loi du 15 mars 1850 et par le décret organique du 9 mars 1852, en ce qui concerne l'instruction primaire publique ou libre. » Or, l'art. 33 de la loi du 15 mars 1850 visé par ce texte était ainsi conçu : « Le recteur peut, suivant les cas, réprimander, suspendre ou révoquer l'instituteur communal. » D'autre part, il résulte de l'art. 37 de la loi du 15 mars 1850 et de l'art. 9 du décret du 7 octobre 1850 que toute commune doit fournir à l'instituteur une maison d'école, et qu'il appartient au préfet de prendre les mesures utiles pour que cette maison d'école soit et demeure affectée au service public de l'enseignement primaire communal. Donc, l'instituteur auquel le préfet a enlevé la direction de l'école ne peut pas prétendre occuper les bâtiments communaux affectés à la tenue des classes et au logement de l'instituteur. Vainement se prévaudrait-il d'une convention passée entre lui et la commune. De pareilles conventions ne sauraient avoir pour effet de restreindre les droits que les lois sur l'enseignement primaire ont conférés aux préfets. Un contrat d'ordre purement privé ne peut dépouiller un représentant de la puissance publique d'une attribution dont la loi l'a investi.

Au reste, ces propositions évidentes ont été consacrées par de nombreux arrêts du Conseil d'État, à la date du 9 décembre 1879. Depuis lors, on n'a plus songé à contester la légalité des arrêtés préfectoraux substituant des instituteurs laïques aux instituteurs congréganistes.

Mais l'instituteur remplacé n'a-t-il pas le droit d'attaquer la commune en dommages-intérêts à raison de l'inexécution de la convention? Nous touchons ici au point véritablement délicat.

D'après le décret du 9 mars 1852, art. 4, les recteurs (actuel-

Digitized by Google

lement les préfets) nomment les instituteurs communaux, *les conseils municipaux entendus*, c'est-à-dire après avis du conseil municipal soit que cette assemblée ait été mise par le préfet en demeure de se prononcer, soit qu'elle l'ait exprimé spontanément, sous la forme de vœu. Remarquons que la délibération du conseil municipal ne lie pas le préfet ; en effet, les avis sont purement consultatifs ; en d'autres termes, l'administration doit les demander, sans être tenue de les suivre. A plus forte raison, le préfet n'est-il pas enchaîné par les vœux du conseil municipal. Donc, quel que soit le sentiment du Conseil, qu'il se prononce pour ou contre la substitution de l'instituteur laïque à l'instituteur congréganiste, le préfet reste toujours libre de prendre un arrêté opérant cette substitution.

Mais faut-il aller plus loin, et admettre que le préfet peut se dispenser de consulter les conseils municipaux ? Nous ne le pensons pas. Les avis des corps consultatifs sont ou facultatifs ou nécessaires. Pour les premiers, l'administration a la faculté de les demander, mais elle n'y est pas obligée ; quant aux seconds, ils constituent un des éléments essentiels à la décision à prendre, et si l'autorité omet de les demander, lorsqu'ils sont requis par la loi, la décision intervenue est entâchée d'excès de pouvoir et l'annulation peut en être demandée au Conseil d'État par la voie contentieuse. Or, en employant ces mots, « les conseils municipaux entendus » il nous paraît que la loi a imposé au préfet l'obligation de prendre l'avis de ces conseils. Dans une question aussi importante que celle de l'option entre l'enseignement laïque et l'enseignement congréganiste, l'administration doit, avant tout, se préoccuper des vœux de la majorité de la population. Ces vœux, quels sont-ils ? De quelle façon le préfet les connaîtra-t-il, si ce n'est en s'adressant aux assemblées municipales qui sont les interprètes les plus naturels et les plus légitimes de la commune ? Toutefois, cette solution n'est pas généralement admise, et les préfets s'autorisant de nombreuses circulaires ministérielles, opèrent, en fait, les nominations d'instituteurs sans prendre l'avis des conseils municipaux. Quoique ce mode de procéder soit, d'après nous, absolument irrégulier, nous ne pouvons pas cependant ne pas tenir compte de ce qui se

Digitized by Google

passe dans la pratique; aussi, distinguerons-nous trois hypothèses au lieu de deux : 1° le conseil municipal n'a émis ni avis ni vœu; 2° il a émis un avis ou un vœu défavorable; 3° il a émis un avis ou un vœu favorable.

Première hypothèse. — Le conseil municipal n'a émis ni avis ni vœu. — L'instituteur remplacé est-il en droit de réclamer des dommages-intérêts à la commune ? La négative nous paraît évidente. Il est, en effet, de principe que le débiteur n'est point passible de dommages-intérêts à raison de l'inexécution de son obligation, toutes les fois qu'il justifie que cette inexécution provient d'une force majeure ou d'un cas fortuit (art. 1148, Code civ.). Or, parmi les cas fortuits les auteurs rangent, avec raison, le fait du prince, c'est-à-dire les commandements ou les défenses de la puissance publique. L'arrêté préfectoral constitue donc un cas fortuit. D'autre part, l'inexécution de l'obligation dont était tenue la commune provient incontestablement de l'arrêté préfectoral.

Par conséquent, la commune est déchargée de toute responsabilité envers l'instituteur. Vainement objecterait-on que, aux termes de l'art. 1302 § 2 du Code civil, le débiteur répond des cas fortuits lorsqu'il les a pris à sa charge, et que telle est, dans l'espèce, la situation de la commune. La réponse est aisée. Pour que le débiteur soit exceptionnellement responsable des cas fortuits, il faut une clause expresse qui le charge de ces risques (art. 1772, Code civil); or, dans la convention intervenue entre les sœurs de Nevers et la commune de Prémery, ne figure aucune clause de ce genre. D'ailleurs, y figurât-elle, elle devrait être considérée comme non-avenue, ainsi que nous le démontrerons plus bas.

Deuxième hypothèse. — Le conseil municipal a émis un avis ou un vœu défavorable. — La solution que nous venons d'adopter est *a fortiori* applicable. Si la commune n'est pas tenue de dommages-intérêts lorsqu'elle n'a pas manifesté son opinion, à plus forte raison ne doit-elle pas l'être lorsque, par son opposition à l'arrêté préfectoral, elle a fait tout ce qui dépendait d'elle pour exécuter l'obligation.

Troisième hypothèse. — Le conseil municipal a émis un avis ou un vœu favorable. — Que, sur la mise en demeure du préfet,

Digitized by Google

il ait opté pour la suppression des institutions congréganistes, ou qu'il ait agi spontanément, sous la forme d'un vœu, la situation reste la même. Nous allons, cependant, raisonner dans l'hypothèse où le conseil municipal a, par son vœu, provoqué l'arrêté préfectoral, d'abord parce qu'il semble que ce soit surtout dans ce cas que la responsabilité de la commune est engagée, et en second lieu, parce que tels sont les faits de la cause.

Pour soutenir que les sœurs de Nevers ont droit à des dommages-intérêts à raison du préjudice résultant de leur expulsion, voici comment on a raisonné : le débiteur n'est libéré d'après l'art. 1148 du Code civil qu'autant que l'événement constituant le cas fortuit n'a pas été précédé, accompagné ou suivi de quelque faute qui lui soit imputable. Il serait passible de dommages-intérêts si, pouvant soit prévenir l'accident, soit en atténuer les conséquences dommageables, il ne l'avait pas fait ; à plus forte raison doit-il être responsable s'il l'a lui-même provoqué. Or, le conseil municipal de Prémery, en prenant les deux délibérations du 26 mai et du 10 août 1878, a provoqué le fait de force majeure, en vue de se dégager de l'obligation ; il est donc tenu de réparer le préjudice causé. Si la commune, par son conseil municipal, croit devoir agir, émettre un vœu, elle le fait à ses risques et périls, étant liée dans l'ordre des intérêts civils.

Cette argumentation ne nous a pas convaincu. Le conseil municipal, en prenant des délibérations concernant le mode d'enseignement, ne fait qu'exercer un droit qui lui est formellement conféré par le décret du 9 mars 1852. Soutenir que, en émettant un vœu, il rend la commune passible de dommages-intérêts, revient à dire qu'il n'avait pas le droit de formuler ce vœu. C'est donc qu'il aurait perdu ce droit. Et l'on prétend qu'en effet, il l'a abdiqué, qu'il y a renoncé en concluant la convention du 4 octobre 1877. Nous répondrons qu'un pareil droit est absolument inaliénable, imprescriptible, car c'est un droit supérieur concédé aux conseils municipaux dans un intérêt public. Par une convention d'ordre privé un conseil municipal ne peut pas s'interdire le droit de modifier l'état de choses créé par cette convention ; il n'a pas le pouvoir de se lier par une délibération parce que l'avenir ne doit pas être enchaîné. Vainement dirait-on qu'en se dégageant

Digitized by Google

du traité il se dégage à ses risques et périls. C'est résoudre la question par la question. Il s'agit précisément de savoir si, au moment où le contrat a été conclu, le conseil municipal s'est engagé et pouvait s'engager à garantir aux sœurs que la direction de l'école ne leur serait pas enlevée et qu'elles conserveraient, pendant vingt ans, la paisible jouissance de l'immeuble affecté aux classes et à leur logement. Un pareil engagement est radicalement nul, car, nous le répétons, un conseil municipal ne peut pas enchaîner l'avenir. Les conventions passées entre les communes et les instituteurs laïques ou congréganistes, sont, comme le disait si justement l'éminent procureur général de la Cour suprême « des conventions essentiellement résiliables; elles portent en elles le germe de la résolution. Dès que l'instituteur cesse ses fonctions, dès que la congrégation cesse d'être autorisée à fournir des maîtres, le contrat n'existe plus, par la force d'un fait que les parties n'avaient pas pu ne pas prévoir. »

Donc, en emettant le vœu de voir substituer l'enseignement laïque à l'enseignement congréganiste, le conseil municipal de Prémery n'a fait qu'user d'un droit dont il n'a jamais pu se dépouiller; et l'exercice de ce droit ne peut servir de fondement à une action en dommages-intérêts.

MANŒUVRES MILITAIRES.

L'État doit-il être déclaré responsable des dommages causés aux propriétaires par des manœuvres militaires?

L'affirmative a été admise par un arrêt du Conseil d'État, à la date du 25 juillet 1884 (Journ. *Le Droit*, 2 août 1884). Voici les faits qui ont donné lieu à cette décision dont l'intérêt est manifeste, puisqu'elle détermine les droits respectifs de l'autorité militaire et des propriétaires du sol. Le 31 août 1881, le sieur Rabourdin, propriétaire à Villacoubley (Seine-et-Oise) fut averti par une lettre du maire de Vélizy que des manœuvres militaires seraient exécutées, le lendemain, sur ses terres, par un régiment d'artillerie en garnison à Versailles. Or, l'ouverture de la chasse avait lieu précisément ce jour-là, le 1er septembre, et le sieur Rabourdin avait invité de nombreux amis à y prendre part. Aussi écrivit-il immédiatement au colonel pour le prier de

Digitized by Google

remettre les manœuvres à un autre jour. Mais la lettre ne parvint à Versailles qu'au moment où le régiment d'artillerie se mettait en marche. A l'arrivée des soldats sur le terrain, le sieur Rabourdin fit renouveler ses protestations par le garde champêtre. Naturellement, elles furent vaines, et les manœuvres s'éffectuèrent. A la suite de ces faits, le sieur Rabourdin réclama à l'État des dommages-intérêts, non à raison de dégats matériels (dans l'espèce, il n'y en avait pas eu), mais à raison du trouble apporté à l'exercice de son droit de chasse. La demande rejetée par le ministre de la guerre a été favorablement accueillie par le Conseil d'État.

Remarquons tout d'abord qu'il s'agissait, non de grandes manœuvres, mais d'exercices spéciaux faits par un régiment. La distinction entre ces deux catégories d'opérations militaires est importante à plusieurs point de vue.

Les grandes manœuvres sont réglées par l'art. 28 de la loi du 24 juillet 1873 sur l'organisation générale de l'armée, par l'art. 54 de la loi du 3 juillet 1877 sur les réquisitions militaires, et par les art. 105 à 115 du décret rendu en Conseil d'État à la date du 2 août 1877. De ces divers textes résultent les propositions suivantes : 1° les grandes manœuvres peuvent avoir lieu sur les terrains des particuliers ; 2° les propriétaires ne peuvent réclamer des indemnités qu'à raison des dommages matériels causés aux propriétés ; la simple privation de jouissance résultant de l'occupation du terrain par les troupes n'ouvre droit à aucune indemnité ; 3° ces indemnités sont réglées par une commission spéciale composée de quatre membres dont un civil et trois militaires; en cas de non acceptation, dans un certain délai, de la somme offerte par la commission, la difficulté est tranchée par le juge de paix en dernier ressort jusqu'à 200 francs et en premier ressort jusqu'à 1500 francs. Au-dessus de ce chiffre, l'affaire est portée devant le tribunal de première instance.

Cette législation est spéciale aux grandes manœuvres. On ne saurait donc appliquer aux autres exercices militaires, et notamment aux exercices effectués à Villacoubley, le 1er septembre 1881, les trois propositions sus-énoncées. Reprenons ces propositions sous forme de questions, et recherchons la solution qu'elles comportent dans notre hypothèse.

Digitized by Google

1° Les exercices militaires, autres que les grandes manœuvres, peuvent-ils être exécutés sur les terrains des particuliers, sans leur consentement? Nous ne le pensons pas. En principe, le droit de propriété est inviolable. Sans doute, à ce principe sont apportées de nombreuses restrictions, mais ces restrictions ne peuvent être établies que par un texte formel. Or, ce texte n'existe pas. Tout au contraire, un règlement du ministre de la guerre du 20 mars 1880 pose la règle suivante : « Dans tous les cas, les autorités militaires et les autorités civiles doivent s'entendre à l'avance afin de faciliter cette instruction aux troupes de l'artillerie, et de manière à éviter tout conflit. Les généraux commandant l'artillerie ou des officiers qu'ils désigneront à cet effet, déterminent, de concert avec les autorités locales, l'époque de l'année où ces exercices peuvent se faire dans les meilleures conditions pour concilier les nécessités de l'instruction militaire avec les droits et les convenances des propriétaires du sol. » Ce qui revient à dire que les exercices militaires ne peuvent avoir lieu sur les terrains des particuliers qu'à la suite d'une entente amiable avec ces particuliers. Or, dans l'espèce, on n'a pas tenu compte des droits et des convenances du sieur Rabourdin ; par conséquent, le fait de l'entrée des troupes sur son domaine constitue un fait illicite.

2° Le sieur Rabourdin a-t-il droit à une indemnité? Il n'y a pas eu de dégâts matériels, mais une simple privation du droit de chasse. S'il s'agissait de grandes manœuvres, aucune indemnité ne serait due ; ici, nous estimons qu'il en est autrement ; en effet, en l'absence d'un texte spécial, il faut appliquer les principes du droit commun. Or, en règle générale, ouvre droit à une indemnité tout dommage qui est la conséquence immédiate du fait de l'administration, qu'il consiste dans une diminution de valeur ou une simple privation de jouissance. La privation du droit de chasse est évidemment une privation de jouissance. Le demandeur était donc fondé à réclamer une indemnité à l'État.

3° Quelle est la juridiction compétente pour statuer sur cette indemnité? C'est le tribunal administratif de droit commun, c'est-à-dire le ministre de la guerre, sauf appel de sa décision devant le Conseil d'État.

Digitized by Google

Telles sont les solutions que commandent les principes; telles sont aussi celles adoptées par le Conseil d'Etat dans l'arrêt précité.

PRESSE.

La loi sur la presse de 1881 a-t-elle modifié les pouvoirs de l'autorité municipale en ce qui concerne la profession de crieur public?

Un arrêt du 18 juin 1884 (*Rec. des arr. du Cons.* 1884, 48) a résolu la question négativement. Voici l'espèce sur laquelle le Conseil d'Etat avait à statuer. Le maire de la commune de Juvardeil (Maine-et-Loire) a pris, à la date du 1er août 1882, un arrêté portant que nul ne pourra, sans son autorisation préalable, exercer la profession de crieur public. Cet arrêté, malgré sa forme générale, était, en réalité, dirigé contre le sieur Belleau, ancien garde champêtre et crieur public communal, auquel le maire voulait interdire, après sa révocation, de faire des annonces verbales sur la voie publique. Le sieur Belleau a demandé l'annulation de l'arrêté comme pris en violation de la loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse, dont l'art. 68 déclare abrogées les dispositions des lois antérieures relatives à tous les moyens de publication. La prétention du requérant a été reetée par le Conseil d'Etat.

Remarquons, tout d'abord, que l'arrêté attaqué ne s'appliquait pas à l'annonce et à la vente sur la voie publique de journaux et autres imprimés; il visait uniquement les crieurs publics proprement dits, c'est-à-dire les individus chargés, soit par la commune, soit par des particuliers, de faire, à haute voix, dans les rues, la publication des ventes, objets perdus et annonces diverses étrangères à la presse. Cette remarque est importante; il nous paraît, en effet, qu'on ne doit pas assimiler ces deux catégories de crieurs publics.

Les crieurs de journaux ne sont pas soumis à la nécessité d'une autorisation municipale. L'opinion contraire a, il est vrai, été admise par une décision du tribunal de simple police de Besançon du 3 août 1882 (Dalloz, 1883, 3, 30). « Attendu, porte ce jugement, que la loi sur la presse de 1881 se borne à réglementer la profession du colporteur et du distributeur sur la voie publique; qu'elle ne parle en aucune façon du crieur, ce qui prouve

Digitized by Google

que le législateur n'a pas voulu faire d'empiétement sur les attributions municipales, et que l'art. 68 n'entend abroger que les arrêtés ou règlements qui s'occupent du colportage et non ceux qui statuent sur le criage; qu'en effet, on ne saurait confondre le colporteur ou distributeur sur la voie publique avec le crieur; que ce dernier exerce une profession bruyante de nature à troubler la tranquillité publique; que la loi n'a jamais établi de confusion entre ces deux professions et que toujours, sous tous les régimes, les crieurs publics ont été soumis à une réglementation spéciale, ainsi que le démontre la loi de 1830..... » Cette dernière loi a été évidemment citée par erreur; car elle avait été remplacée par la loi du 16 février 1834 qui, à la simple déclaration, substituait la nécessité d'une autorisation préalable. Mais, même avec cette rectification, nous ne saurions approuver la décision du tribunal de Besançon. La loi de 1881 est, en effet, une loi complète, se suffisant à elle-même; elle constitue le véritable Code de la presse et il faut prendre ce mot *presse* non pas dans le sens restrictif qu'il a souvent dans le langage vulgaire, mais comme synonyme de toute manifestation publique de la pensée. Aussi, la loi de 1881 a-t-elle abrogé tous les édits, lois, décrets, ordonnances, relatifs non seulement aux journaux, mais à tous les modes de publication par l'imprimerie, la librairie, l'affiche ou *la parole*. La loi du 16 février 1834 sur les crieurs publics est donc abrogée, et par cela même, la profession de crieur public de journaux est devenue absolument libre. Au surplus, cette solution ne nous paraît pas contestable en présence des art. 23 et 24 de la loi de 1881. De ces deux articles il résulte que les cris séditieux seuls sont punissables; ce qui revient à dire que les crieurs publics peuvent en toute liberté annoncer le titre de leurs journaux pourvu que cette annonce ne soit pas séditieuse.

Occupons-nous maintenant des crieurs publics proprement dits, en d'autres termes, des crieurs, qui font des annonces verbales étrangères à la presse. Faut-il les assimiler aux crieurs de journaux et admettre qu'ils peuvent, comme ceux-ci, librement exercer leur profession sans avoir besoin d'une autorisation municipale? L'arrêt précité du Conseil d'État ne l'a pas pensé et nous approuvons entièrement sa solution.

Digitized by Google

Si la loi de 1881 n'existait pas, le doute ne serait pas possible. En effet, les lois des 16-24 août 1790, 19-22 juillet 1791 ont conféré à l'autorité municipale les pouvoirs les plus larges en vue d'assurer le bon ordre et la tranquillité publique; les maires peuvent, en vertu de ces lois, prendre des dispositions de police réglementant l'exercice des professions bruyantes de nature à troubler le repos des citoyens. La Cour de cassation leur reconnaît notamment le droit d'interdire de sonner du cor de chasse, de tirer des pétards, de faire claquer des fouets. Pourquoi leur refuser le pouvoir de réglementer la profession de crieur public qui figure incontestablement parmi les professions bruyantes? Nous laissons de côté, à dessein, la loi du 16 février 1834; car malgré la généralité de sa rubrique, cette loi ne s'appliquait pas aux crieurs publics proprement dits. Donc, antérieurement à la loi de 1881, l'autorité municipale pouvait soumettre les crieurs à la nécessité d'une autorisation. La question est de savoir si la loi sur la presse a modifié cet état de chose. La négative est, pour nous, évidente. Quelque étendue que soit la loi du 29 juillet 1881, elle ne s'applique qu'à la presse. La presse comprend toute manifestation publique de la pensée, mais elle ne comprend pas autre chose. Vouloir y faire rentrer l'annonce des ventes, objets perdus, etc.,..., c'est l'étendre au-delà de ses véritables limites. Donc la loi du 29 juillet 1881 est étrangère aux crieurs publics proprement dits qui sont toujours régis par les lois de 1790 et 1791.

TRAVAUX PUBLICS.

En matière de concession de chemin de fer, est-il permis de compléter les stipulations du cahier des charges par l'application des principes du droit commun?

Il importe de rappeler les faits qui ont donné lieu à cette difficulté.

Le 29 décembre 1874, le département du Pas-de-Calais a concédé au sieur Level la ligne du chemin de fer d'intérêt local d'Avesnes-le-Comte à Savy. Cette ligne a été déclarée d'utilité publique par décret du 3 juin 1876. Aux termes de l'art. 2 du cahier des charges annexé à la convention du 29 décembre, le concessionnaire devait commencer les travaux dans le délai d'un

Digitized by Google

an à partir de la date du décret d'utilité publique et les achever dans un délai de trois ans. L'art. 37 ajoutait que « faute par le concessionnaire d'avoir terminé les travaux dans le délai fixé par l'art. 2, faute aussi par lui d'avoir accompli les diverses obligations imposées par le cahier des charges, il pouvait encourir la déchéance. L'art. 67 réglementait dans le détail les conséquences que devait entraîner pour le concessionnaire l'exécution de ses engagements et il établissait la pénalité suivante : si les clauses du cahier des charges ne sont pas respectées, la déchéance est encourue, et l'on met en adjudication les travaux faits et les matériaux approvisionnés; le nouvel adjudicataire est substitué à l'ancien qui reçoit le prix de la nouvelle adjudication. Dans le cas où l'adjudication ne donne pas de résultats, on procède, au bout de trois mois, à une réadjudication, et, si elle ne réussit pas, les ouvrages exécutés et les matériaux réunis sur les chantiers deviennent la propriété du département.

Il convient de remarquer que le cahier des charges n'imposait au sieur Level aucun cautionnement. Ordinairement, les cahiers des charges exigent le dépôt d'un cautionnement et stipulent la confiscation de ce cautionnement au profit soit de l'État, soit du département concédant dans le cas où le concessionnaire n'aurait pas commencé ou achevé les travaux dans le délai prescrit. Mais, à raison des circonstances particulières dans lesquelles avait été faite la concession de la ligne d'Avesne-le-Comte, le conseil général avait dispensé le sieur Level de tout cautionnement.

A l'expiration du délai fixé par le cahier des charges, les travaux n'ayant pas encore été commencés, le sieur Level a été actionné par le département devant le conseil de préfecture du Pas-de-Calais et condamné à payer au concédant une somme de 30,000 francs à titre de dommages-intérêts. Sur l'appel, le Conseil d'État a annulé la décision du conseil de préfecture par un arrêt en date du 11 janvier 1884.

Dans ce débat, une question de droit du plus haut intérêt a été soulevée : c'est celle de savoir si les stipulations du cahier des charges peuvent être complétées par l'application des principes du droit commun.

Le conseil de préfecture du Pas-de-Calais, partant de cette idée

Digitized by Google

que le contrat de concession est un contrat ordinaire, régi, par conséquent, par les règles du droit civil, n'a pas hésité à condamner le sieur Level à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 1142 du Code civil d'après lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

Nous ne pouvons approuver cette solution. Il est absolument inexact d'assimiler le contrat de concession à un contrat de droit civil. Le contrat de concession est un contrat spécial par lequel l'administration, au lieu de payer directement l'auteur d'un travail public, le substitue pendant un délai qui ordinairement n'est pas moindre de quatre-vingt-dix-neuf ans au droit qu'elle aurait elle-même de percevoir un péage ou un droit de transport de ceux qui profitent de ce travail. Aussi, comme l'exprime très justement M. Aucoc dans ses *Conférences du droit administratif*, t. II, 1re éd., p. 239 « le contrat de concession est une convention qui a un caractère spécial et qui n'a pas d'analogue en droit civil. Il se rapproche beaucoup, par certains côtés, du marché de travaux publics, mais il s'en éloigne aussi par des côtés essentiels. Les règles qui régissent ce contrat ne se trouvent le plus souvent ni dans des textes de loi, ni dans des règlements. Elles ne se trouvent, en général, que dans les conventions passées avec les concessionnaires, dans les cahiers des charges spéciaux à chaque entreprise. »

La même doctrine est enseignée par la majorité des auteurs. Donc, tous les rapports que le contrat de concession peut faire naître entre le concédant et le concessionnaire doivent être régis par le cahier des charges. Ce cahier des charges est la loi unique des parties et aucunes d'elles ne peut y apporter la moindre dérogation. Or, dans l'espèce, la déchéance était la seule pénalité prévue par le cahier des charges au cas où le sieur Level n'exécuterait pas ses obligations; par conséquent, le conseil de préfecture a mal jugé en le condamnant à payer 30,000 francs à titre de dommages-intérêts au département du Pas-de-Calais.

Les partisans du système que nous combattons reconnaissent que, en général, les tribunaux n'ont pas à statuer sur la question des dommages à raison de l'inexécution des obligations du conces-

Digitized by Google

sionnaire. Mais pourquoi en est-il ainsi? Parce que, disent-ils, le concédant qui a imposé au concessionnaire un cautionnement dont il a stipulé la confiscation à son profit au cas où ce concessionnaire ne satisferait pas à ses engagements, a, par avance, fixé les dommages-intérêts qui lui seront dûs. Si donc les tribunaux n'ont pas à évaluer l'indemnité à laquelle a droit le concédant, c'est par application de l'art. 1152 du Code civil, aux termes duquel « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. » Ici, au contraire, aucun cautionnement n'a été exigé, il n'y a pas eu de clause générale stipulée par les contractants ; c'est donc qu'ils ont laissé aux tribunaux le soin de déterminer le montant des dommages conformément aux articles 1142 et 1147 du Code civil.

Ce raisonnement nous paraît inexact. Sans doute, les parties sont libres d'insérer dans le cahier des charges des clauses reproduisant des dispositions de droit commun ; mais là n'est point la difficulté. Il s'agit de savoir si, en l'absence de ces clauses, on doit avoir recours aux règles posées par le Code civil. Nous ne le pensons pas. C'est au cahier des charges seul qu'il faut se référer pour résoudre les diverses hypothèses qui peuvent se produire au cours du traité. Le cahier des charges est-il muet sur la question d'indemnité ? Ce silence est significatif; il prouve que, dans aucun cas, les parties ne se devront aucune indemnité.

La solution inverse conduit, il faut le reconnaître, à une conséquence bien singulière. Le concédant, en dispensant le concessionnaire de tout cautionnement, a entendu lui accorder un avantage, une faveur. Mais cet avantage disparaîtrait par cela seul qu'on autoriserait le concédant à réclamer des dommages-intérêts qui équivaudraient à la confiscation du cautionnement. Bien plus, cette prétendue faveur placerait souvent le concessionnaire dans une situation pire que celle qu'on lui aurait créée si on avait exigé de lui un cautionnement. C'est ce qui se produirait dans l'espèce actuelle. La ligne concédée devait avoir une longueur de 10 kilomètres; or, les chemins de fer à voie étroite coûtent, en moyenne, 70,000 francs par kilomètre. D'autre part, le caution-

Digitized by Google

nement est, en général, du trentième de la dépense prévue. Donc, si on avait imposé au sieur Level un cautionnement, il eût été fixé à la somme de 23,000 ou 24,000 francs. Ce dernier chiffre aurait représenté le maximum de sa perte, tandis que le conseil de préfecture le condamne à 30,000 francs de dommages sur 100,000 réclamés par le département.

Cependant, ajoute-t-on, est-il admissible qu'un concessionnaire s'engage à construire une ligne, se fasse accorder un délai à cet effet, suscite des espérances dans les populations et qu'il puisse se retirer purement et simplement de l'opération le jour où il s'apercevra qu'elle n'offre pas de chances de bénéfices? La déchéance pour lui n'est pas une peine, puisqu'elle le soustrait à l'obligation onéreuse d'exécuter et d'exploiter une mauvaise ligne. — Cette objection prouve uniquement que le département aurait peut-être agi plus sagement en exigeant le dépôt d'un cautionnement; mais elle n'autorise pas à substituer à la déchéance, établie comme seule pénalité, une condamnation à des dommages-intérêts.

D'ailleurs, même en admettant le bien fondé de la réclamation du département, comment évaluer le montant de l'indemnité due par le concessionnaire? D'après l'art. 1149, Code civ., les dommages et intérêts sont, en général, de la perte subie par le créancier et du gain dont il a été privé. Or, dans l'espèce, le département n'ayant versé aucune subvention n'a subi aucune perte; il faut donc rechercher seulement le gain dont il a été privé par la faute de débiteur. Ce gain est représenté par la valeur de la ligne à l'expiration de la concession. Est-il facile, est-il même possible d'apprécier ce que pourra bien valoir dans quatre-vingt-dix-neuf ans une ligne de chemin de fer dont l'exploitation actuelle se solde par un déficit? Demander aux juges une évaluation avec des données aussi peu précises, c'est, en vérité, exiger d'eux une tâche irréalisable.

Pour tous ces motifs, nous nous rangeons sans hésitation à l'opinion du Conseil d'État. E. WALLON.

Digitized by Google

LEÇON D'OUVERTURE DU COURS DE DROIT ADMINISTRATIF

à la Faculté de Droit de Bordeaux,

(3 novembre 1884),

par M. H. Barckhausen,

Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

Messieurs,

En commençant ce cours de Droit administratif, je crois devoir rechercher d'abord la place qu'occupent, dans l'ensemble de l'étude du Droit, les matières de mon enseignement. Mais, pour le faire, il est presque indispensable de s'élever à la notion du Droit en général. Voici, en conséquence, la définition que je vous propose :

« Le Droit est l'art qui détermine les règles de conduite que les hommes doive t suivre, et, au besoin, peuvent s'imposer les uns aux autres, même par la force, afin d'assurer leur conservation et leur développement communs. »

Je dis que le Droit est un art, plutôt qu'une science : c'est en effet, un objet pratique et non spéculatif qu'il poursuit. Il ne se borne point à dégager les faits généraux et constants qui accompagnent la production de certains phénomènes. Par application d'idées religieuses, morales ou philosophiques, plus ou moins précises et vraies, il s'efforce de conserver ou d'établir certains rapports entre les hommes.

Ces rapports résultent de règles de conduite que les lois édictent, soit qu'elles interdisent, qu'elles permettent, ou qu'elles prescrivent telles ou telles catégories d'actes.

Mais, ce qui caractérise les règles de conduite qui rentrent dans le Droit, c'est qu'elles sont de nature à être imposées d'homme à homme, et qu'elles sont en même temps, si indispensables à la conservation ou au développement du genre humain, que les hommes doivent se les imposer les uns aux autres, même par la force. Il est des actes qui ne relèvent que de notre for intérieur, parce qu'ils échappent à toute contrainte du dehors ; il est des actes auxquels nos semblables nous obligent par cela seul qu'ils refusent leur commerce ou leur estime à qui ne les

Digitized by Google

accomplit point : les uns et les autres ne ressortissent pas du Droit, mais de la Morale ou des Mœurs. Le Droit, les lois proprement dites ne s'occupent que des actes assez bienfaisants ou assez malfaisants pour que la raison juge qu'il faut, au besoin, recourir à la force afin de sanctionner la règle, naturelle ou positive, qui les ordonne ou les défend. Cette force sera privée ou publique, selon les circonstances. Mais, quelle qu'elle soit, c'est l'emploi qu'on peut ou qu'on doit en faire, pour assurer l'observation d'une règle de conduite, qui est la marque des règles du Droit.

J'ai dit que le Droit poursuit la conservation et le développement communs des hommes. Ce n'est pas, en effet, la conservation seulement des biens acquis, c'est aussi l'accroissement de ces biens que le législateur doit avoir en vue. Sans doute, cette vérité, par ce qu'elle peut avoir d'indéfini, prête à des applications dangereuses pour la liberté individuelle, surtout dans les états où l'on oublie que la liberté est le plus noble bien de l'homme. Elle n'en a pas moins été, de tout temps, reconnue par les peuples échappés à l'état sauvage. L'histoire prouve, d'ailleurs, qu'il n'est guère de progrès important auquel l'initiative des individus ait suffi, et qu'une nation qui ne progresse plus compromet sa grandeur, ses richesses, son existence même.

La définition du Droit que je vous propose explique comment le Droit est loin d'être arbitraire, bien qu'il soit progressif. Les conditions de la conservation et du développement communs des hommes tiennent à la nature humaine, physique et morale, et ne dépendent pas des volontés du législateur. C'est en ce sens que Montesquieu a eu raison de dire : « Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ». Seulement, la nature de l'homme ne se découvre à lui que peu à peu, par des expériences souvent longues, complexes, douloureuses, et par les réflexions que ces expériences provoquent. De plus, les sociétés se modifient, comme les individus, avec le temps et avec les lieux, si bien que les conditions de leur conservation et de leur développement ne sont pas partout et toujours les mêmes.

La diversité des législations a donc quelque chose d'inévi-

Digitized by Google

table, et, dans une certaine mesure, d'heureux, de fécond.

Il est sans doute des règles qu'il faut suivre en tout lieu et en tout temps, parce qu'elles sont comme les conditions premières de la conservation et du développement des hommes. De l'ensemble mal défini de ces règles, on a formé le Droit dit naturel. Mais on ne saurait trop se défier de certaines maximes, bonnes pour un état social déterminé, n'ayant d'ailleurs rien d'absolu, que souvent on qualifie de « principes inviolables et sacrés ». Les législateurs eux-mêmes qui les ont proclamées solennellement n'en ont tenu compte qu'autant qu'elles leur ont paru compatibles avec ce qu'ils appelaient « le salut du peuple ». Ce n'est pas, cependant, le salut du peuple, c'est le salut de l'humanité qui est la loi suprême, le principe fondamental, unique, du Droit. Le vrai barbare, l'homme qui est en dehors de la civilisation, est celui qui méconnaît cette vérité essentielle. Il est des violations du Droit que l'entraînement patriotique lui-même peut excuser quelquefois, mais qu'il ne légitime jamais.

C'est parce que la conservation et le développement communs des hommes pris dans leur ensemble, sans exclusion de peuple ou de race, forment l'objet du Droit, qu'il existe un Droit international. Les Sociétés civiles ou États, comme les individus, peuvent s'imposer respectivement certaines règles de conduite. Mais je n'ai point à insister ici sur ces règles : ce n'est pas d'elles que je dois traiter dans ce cours, sauf par exceptions très rares.

Nos études porteront sur un droit national, c'est-à-dire sur les règles positives qu'une nation s'est donnée; et ce droit — vous le savez — est celui de la France, le Droit français.

Seulement le Droit français forme un ensemble considérable, de quatre à cinq mille lois et règlements, dont quelques-uns comptent des centaines, des miliers d'articles, de dispositions particulières. Encore négligeons-nous, dans ce calcul, les législations secondaires, locales, des départements et des communes! A plus forte raison, les lois d'origine étrangère qui s'appliquent dans quelques-unes de nos possessions coloniales : les Lois de Manou ou le Koran, par exemple.

Et cette masse effrayante va croissant de jour en jour! A mesure que la civilisation se développe, nos législateurs ont à régler des

Digitized by Google

rapports nouveaux, tandis qu'ils soumettent, d'autre part, les rapports anciens à une analyse de plus en plus savante et complète, qui tourne à l'avantage de la liberté chaque fois qu'elle restreint l'arbitraire des juges ou des administrateurs. La simplicité des lois, que rêvent les esprits chimériques, n'est, en effet, possible —ne l'oubliez point—que dans les sociétés despotiques et barbares.

Il n'en est pas moins vrai que s'attaquer à un ensemble de quatre à cinq mille lois ou règlements n'est pas une médiocre entreprise. Ce n'est qu'en divisant cette masse qu'on arrive à la pénétrer. Mais cette division doit aboutir à une classification aussi naturelle et aussi logique que possible.

Vous savez comment les jurisconsultes romains procédaient dans l'étude du droit de leur pays. Ils le coupaient en deux grandes parties, suivant le texte d'Ulpien reproduit dans les Institutes : « *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum : publicum jus est quod ad statum rei romanæ spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem : sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim.* »

Cette division doit-elle être admise? On lui a reproché de méconnaître que le Droit tout entier vise l'utilité des particuliers, seuls éléments réels des nations, et du genre humain lui-même. Mais, quand cette objection serait aussi juste qu'elle paraît spécieuse, l'opposition du Droit public au Droit privé n'en serait pas moins exacte à un autre point de vue.

Parmi les rapports qui existent d'hommes à hommes, il en est dans lesquels l'idée d'une Autorité publique entre comme un facteur nécessaire, tandis qu'il en est d'autres d'où cette notion est ou peut être absente. Avant toute Société civile, les rapports de père à fils, de possesseur à chose possédée, de créancier à débiteur, etc., sont nés des conditions premières de la vie humaine. En dehors d'un État, plus ou moins organisé, on n'imagine pas, au contraire, les rapports de souverain à sujet, d'administrateur à administré ou de juge à justiciable : car tous supposent l'existence d'une Autorité publique et de personnes qui la reconnaissent ou doivent la reconnaître. Nous attribuerons au Droit public les lois qui règlent les rapports de cet ordre. Pour le reste, nous le laisserons au Droit privé.

Digitized by Google

Notez que cette classification ne correspond pas exactement à celle des jurisconsultes de Rome. Pour eux, le Droit privé comprenait les actions que, nous, nous rattachons au Droit public. Les actions, en effet, supposent pour le moins une autorité judiciaire.

Quoi qu'il en soit, le Droit public, plus ou moins largement défini, forme à lui seul, chez toutes les nations civilisées, un ensemble si imposant encore qu'il est indispensable de le subdiviser pour l'étudier avec méthode et avec fruit.

Sans critiquer les classifications des autres, vous me permettrez d'exposer celle que j'entends suivre : car je n'ai pas à vous apprendre que c'est du Droit public de la France que nous avons à nous occuper ici.

Nous avons vu que l'idée d'une Autorité publique entre, comme un facteur essentiel, dans tous les rapports qui ressortissent, pour nous, du Droit public. Mais l'Autorité ne remplit pas toujours une même fonction. L'analyse de l'activité qu'elle déploie permet de distinguer les divers rôles qu'elle joue. N'est-il pas alors tout naturel de former un groupe particulier des règles qui président à l'exercice de chacune de ses grandes fonctions? Si l'on reconnaît, par exemple, qu'une des missions les plus hautes de l'Autorité est de formuler des règles de conduite pour les personnes qui lui sont soumises, des lois, en prenant ce mot dans le sens le plus large, qu'y a-t-il de plus simple que de composer de toutes les règles qui président à l'exercice de cette fonction un groupe spécial, qu'on pourrait appeler le Droit législatif? Et ainsi de suite pour les autres rôles du Pouvoir.

Seulement, quand on procède de la sorte, on découvre bientôt qu'il est des règles qui ne rentrent vraiment dans aucun des groupes que l'on aura formés, attendu qu'elles leur sont, en quelque sorte, antérieures, et communes par la force des choses. Les mêmes hommes, les mêmes pays, les mêmes biens, par exemple, sont nécessairement soumis et au législateur, et à la magistrature, et à l'administration que les lois de la France organisent. Il ne serait donc pas exact de rattacher les règles qui déterminent ces hommes, ces pays, ces biens, au Droit législatif, plutôt qu'au Droit judiciaire ou au Droit administratif : elles les précèdent et les dominent également.

Digitized by Google

C'est pourquoi, avant et au-dessus des branches particulières du Droit public français, nous placerons ce que nous appellerons le Droit public général. L'expression est, d'ailleurs, consacrée par un texte officiel : l'ordonnance du 4 octobre 1820, sur l'ordre des études dans les Facultés de Droit, art. 1er. Mais peut-être ne lui donnons-nous pas le sens qu'elle avait pour les rédacteurs de l'Ordonnance.

En tout cas, n'allez pas croire que je décore du titre de Droit public général ce que communément on appelle le Droit constitutionnel. Cette expression de Droit constitutionnel ne répond, du reste, à rien de précis et de stable. Les uns ne désignent par là que l'ensemble, plus ou moins arbitraire, des règles qui s'imposent même aux législateurs ordinaires d'un pays. Mais l'objet de cet ensemble varie d'un jour à l'autre, selon les circonstances historiques et politiques : témoin l'acte voté, le 14 août 1884, par notre dernière Assemblée nationale. Pour d'autres, c'est l'ensemble des lois les plus importantes qui déterminen l'organisation politique et sociale d'un peuple, ou seulement son organisation politique : car, sur ce point encore, on ne s'accorde guère. Mais qu'est-ce qu'une loi importante, très importante ou moins importante ? Un esprit trop rigoureux serait tenté d'appliquer au Droit constitutionnel en général ce qu'on répète souvent en parlant de la constitution de l'Angleterre, et de dire : Où se se trouve-t-il ? Où commence-t-il ? Où finit-il ? L'expression est, en tout cas, une de celles que chacun peut étendre ou restreindre à sa guise.

Il est certain, toutefois, que nous ne comprendrons pas dans le Droit public général des matières que tout le monde s'accorde à ranger dans le Droit constitutionnel : l'organisation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, par exemple. En revanche, des questions dont aucun auteur ne s'est occupé à propos de la constitution d'un pays feront, entre autres, l'objet des leçons que nous consacrerons à la partie générale du Droit public. C'est ce qui m'engage à vous indiquer, de suite, les matières sur lesquelles j'appellerai votre attention avant d'aborder l'étude d'une des branches particulières du Droit public français.

Digitized by Google

Le Droit public français est celui qui régit une certaine société civile, un certain état : l'État français.

D'où nous avons à rechercher, en premier lieu, ce que c'est que cet état, quelles règles en déterminent les éléments divers.

Un État est, en effet, quelque chose de très complexe. On peut le définir « une communauté d'hommes, disposant d'un certain territoire et de biens d'espèces et de quantité variables, soumise à la volonté d'un même souverain, et régie par un ensemble de fonctionnaires publics. » Reprenons les termes principaux de cette définition.

Un État est une communauté d'hommes. Les hommes qui en font partie sont appelés regnicoles, nationaux ou sujets, par opposition aux autres, dits étrangers. Dans chaque état, la coutume, des lois positives ou des conventions internationales déterminent à quelles conditions les personnes sont considérées comme regnicoles, ou non. Ces conditions ne sont rien moins qu'invariables. Pour n'en citer qu'une preuve, je rappellerai que certains peuples admettent qu'un même individu appartienne à plus d'un état, tandis que d'autres, plus jaloux, ne permettent à leurs nationaux que d'avoir une nationalité unique.

Un État est une communauté qui dispose d'une certaine portion de la surface de la terre, d'un certain territoire. L'occupation de ce territoire peut, à la rigueur, être passagère; mais, tant qu'elle dure, elle doit être exclusive, indépendante. Chez les peuples fixés, qui ont renoncé à la vie nomade, on donne le nom sacré de patrie au territoire sur lequel s'exerce l'action normale de la communauté. Mais cette action s'étend ou diminue selon les vicissitudes de la politique. Le Droit international et les divers droits nationaux s'efforcent de régler ou plutôt de régulariser ces modifications, dont la sanglante histoire remplit les annales du genre humain. Les principes n'en sont pas moins toujours vagues en cette matière, et encore plus mal observés. Aussi est-il question de les mieux définir dans un congrès de diplomates qui fixeraient à quoi doit s'appliquer le fameux *Beati possidentes !*

Un État est une communauté qui dispose de biens d'espèces et de quantité variables. L'ensemble de ces biens, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, d'origine indigène ou étran-

Digitized by Google

gère, constituent la richesse d'un peuple. Cet ensemble, par la nature même des choses, se modifie sans cesse. Les peuples civilisés cherchent constamment à l'accroître par l'économie, par le travail national ou par le commerce extérieur. Toutefois, en vertu de considérations hygiéniques, économiques ou politiques, ils détruisent ou repoussent de chez eux certains objets, et refusent d'en exporter d'autres. Le droit d'un État peut, d'ailleurs, par exception, s'étendre à des choses qui se trouvent et à des droits qui s'exercent en dehors de ses frontières. Il est délicat de délimiter à cet égard, d'une manière précise, l'empire d'un droit national quelconque.

Un État est une communauté d'hommes soumise à la volonté d'un même Souverain. Par ce mot, on entend l'homme ou l'ensemble d'hommes dont les décisions s'imposent à une société civile déterminée, sans recours légal possible. Le Souverain n'exerce pas seul l'autorité publique dans un pays; mais c'est de lui que toute autorité publique émane et dépend. Personne n'a d'ordres à lui donner. Aussi n'est-ce que par courtoisie que les diplomates conservent le titre d'État (mi-souverain, il est vrai) à des peuples dont les prétendus souverains ne disposent point librement d'eux, sont protégés par une puissance étrangère. Tout État, par définition, doit avoir un Souverain distinct, indépendant, autonome, qui en fait l'unité même. Il suffit, cependant, que ce Souverain soit distinct en droit, sans l'être en fait. On a vu, par exemple, une même personne régner sur deux peuples à la fois, par application de deux lois différentes; ces peuples formaient deux états, malgré l'union dynastique ou personnelle qui les rattachait l'un à l'autre. Rien de plus variable, du reste, que l'organisation de la souveraineté chez les diverses nations et chez la même nation en divers temps. Elle peut être une ou partagée, et partagée en tenant compte de conditions locales ou personnelles; elle peut être attribuée à des princes, à des classes privilégiées, à des masses indéfinies; elle peut appartenir effectivement à quelqu'un, et virtuellement à d'autres. Vous savez que c'est d'après la constitution de la souveraineté chez eux que, généralement on classe les États. Mais cette classification n'est sérieuse que si l'on tient compte de tous les éléments du problème. Les diverses monar-

Digitized by Google

chies diffèrent singulièrement plus entre elles que certaines monarchies de certaines républiques.

Un État est une communauté régie par un ensemble de fonctionnaires publics. Je prends cette expression dans le sens le plus large, c'est-à-dire que j'y comprends toutes les personnes qui concourent à l'exercice d'une fonction quelconque de l'Autorité. En effet, nous avons dit à l'instant que le Souverain n'exerce pas seul l'autorité publique dans un État; il la délègue à des personnes qui remplissent des rôles très divers, avec l'aide d'auxiliaires qui préparent ou exécutent leurs décisions. Le Droit public de chaque état pose ou suit généralement des principes déterminés pour le recrutement des fonctionnaires, principes en vertu desquels l'on admet ou l'on exclut certaines catégories de gens, à raison de leur sexe, de leur âge, de leur origine, de leur religion, etc. Mais tous les admissibles ne sont pas admis, et les règles qui président à l'attribution effective des fonctions publiques sont très compliquées. Quelques-unes tiennent à des conditions en quelque sorte techniques; d'autres dépendent intimement de la constitution même du Souverain de chaque pays. Les premières sont spéciales à chaque fonction; tandis que les secondes ont une généralité qui fait qu'elles dominent le droit public dont elles font partie.

Je viens de vous exposer quels sont les éléments d'un État, et vous pouvez entrevoir quelles questions nous traiterons tout d'abord. Déterminer les éléments de l'État français, tel sera l'objet de nos premières études. Mais, avec elles, nous n'aurons pas épuisé le Droit public général.

Avant d'arriver à l'examen des lois qui président à une des fonctions particulières de l'Autorité publique, nous aurons encore à nous arrêter à un nouvel ordre de problèmes, les plus élevés que le légiste, que le législateur ait à méditer et à résoudre. Il ne s'agit de rien moins que d'analyser les conditions générales dans lesquelles s'exerce l'activité de tous les dépositaires de l'Autorité publique : souverains ou fonctionnaires délégués par eux.

C'est ici le lieu d'insister sur le sens d'une expression dont je me suis déjà servi bien des fois, celle d'Autorité publique.

Toute autorité, quelle qu'elle soit, implique une volonté qui s'impose à d'autres. Ce qui caractérise l'Autorité publique, c'est

Digitized by Google

qu'elle agit essentiellement dans l'intérêt d'une Société civile, d'un État déterminé. Assurer la conservation et le développement d'un État, telle est la fin qu'elle doit poursuivre quand elle impose sa volonté au dehors ou au dedans. Mais nous avons vu qu'assurer la conservation et le développement communs des hommes fait l'objet du Droit. L'objet du Droit et la fin de l'Autorité publique se confondent donc en quelque sorte. On peut même soutenir que, dans un certain cercle, l'Autorité publique n'est autre chose que l'organe du Droit, national et international. Nous reviendrons bientôt sur cette idée ; pour le moment, nous nous bornerons à dire que c'est, en tant qu'organe du Droit que l'Autorité publique recourt légitimement à la force pour faire respecter ses décisions.

Et maintenant, reprenons l'analyse des conditions générales dans lesquelles s'exerce l'activité de l'Autorité publique, qu'à l'avenir je n'appellerai guère plus que l'Autorité, sans épithète.

Il ne faut pas croire qu'elle remplisse partout et toujours les mêmes fonctions. Un peuple relégué dans une île perdue n'a pas besoin de diplomates, et des législateurs ne rédigent point de codes au milieu de tribus sauvages. Mais on n'imagine point de société humaine où les fonctions de juge soient ignorées : elles sont indispensables à la conservation d'un État quelconque. Peut-être est-ce pour cela que, seuls de tous les princes, les rois de France se faisaient représenter jadis sur leurs sceaux « en roys justiciers, non armez » [1].

Quoi qu'il en soit, à mesure que la civilisation progresse, le rôle de l'Autorité se complique et se complète. Elle finit par exercer les fonctions si diverses qu'elle remplit de nos jours dans les états de l'Europe. Rien qu'au point de vue du Droit, on peut classer ces fonctions de bien des manières. On peut, par exemple, les distinguer d'après le droit auquel elles se rapportent : privé au public, ou bien encore national ou international. Mais de toutes les divisions, la plus connue est celle qui oppose la fonction législative, qui consiste à établir des règles, à la fonction exécutive, qui tend à les appliquer ; sauf à subdiviser ensuite la seconde en judiciaire et exécutive proprement dite, selon que l'Autorité réprime les violations de la loi, ou prend des mesures, en dehors de tout

[1] B. du Haillan, *De l'Estat de France* (Paris, 1594), f° 314.

Digitized by Google

litige, pour satisfaire aux intérêts que la loi confie à son initiative. Fréquemment, on qualifie l'Autorité de Pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif, selon la fonction particulière dans l'exercice de laquelle on l'envisage. Nous aurons, du reste, à rechercher, en traitant du Droit public général de la France, si toutes les expressions qus je viens de définir ont conservé chez nous leur sens rigoureux, étymologique. Mais, dès maintenant, rappelez-vous que la classification de fonctions sur laquelle j'ai insisté ne rentre dans aucune des deux que je n'ai fait qu'indiquer auparavant. Ainsi l'Autorité formule les règles du Droit international tout aussi bien que celles d'un droit national quelconque, et juge indistinctement les procès, qu'ils ressortissent du Droit privé ou du Droit public.

Par ce qui précède, vous devez comprendre que la fin de l'autorité publique est vraiment d'être l'organe du Droit. Elle l'est évidemment lorsqu'elle le formule dans des conventions ou dans des lois positives. Elle ne l'est pas moins en rendant des jugements contre ceux qui violent les obligations que le Droit consacre. Elle l'est encore quand elle lève des impôts ou recrute des soldats pour pourvoir à tous les besoins qu'elle seule peut satisfaire ou satisfaire au même degré. Ses actes doivent tous concourir à la conservation et au développement communs des hommes par la conservation et par le développement particuliers de l'État qu'elle gouverne. Le plus puissant intérêt d'une nation est, en effet, d'être juste; car toute injustice s'expie tôt ou tard, comme le montrent les terribles retours de fortune dont l'histoire est pleine.

Une fois que l'on connaît les fonctions que l'Autorité exerce dans un État, il faut rechercher dans quelle mesure elle les exerce. Partout elle rencontre, en fait et en droit, des limites à son action dans la nature même des choses et dans la puissance des gouvernements, plus ou moins voisins. Mais il s'en faut que, chez tous les peuples on conçoive identiquement l'étendue du rôle qui appartient à l'Autorité dans l'état même qu'elle domine.

Vous n'êtes pas sans avoir entendu parler de la grande question des rapports de l'Individu et de l'État. Longtemps on a admis que l'Autorité intervînt dans toutes les affaires d'ordre public

Digitized by Google

ou privé. Ce qu'elle ordonnait était le juste, par définition. Il n'y avait pas alors de détail si intime dans la vie des particuliers qu'on s'étonnât de voir soum ettre à ses prescriptions indiscrètes. Elle s'arrogeait de pénétrer jusqu'aux consciences!

Les consciences se sont révoltées les premières. Qu'est la parole mémorable : « Rendez à César ce qui appartient à César et à Dieu ce qui appartient à Dieu! » sinon une protestation solennellé contre l'omnipotence de l'État? C'est la revendication par l'Individu d'une part d'indépendance qui, depuis, s'est accrue sensiblement.

L'expérience a démontré, d'ailleurs, que l'intervention de l'Autorité n'est pas toujours bienfaisante : qu'elle est souvent stérile au point de vue intellectuel et même matériel, et plus souvent encore funeste au point de vue moral, en restreignant sans raison la liberté, qui fait la noblesse de l'homme. Aussi est-on arrivé à comprendre, dans certains pays, que le Droit n'est pas l'œuvre des pouvoirs publics, et que les pouvoirs publics sont simplement les organes, les serviteurs du Droit. Mais alors se pose un problème capital qu'on a formulé quelquefois en ces termes : « Concilier le principe de Liberté et le principe d'Autorité »; c'est-à-dire réserver aux individus leur indépendance légitime.

Bientôt nous exposerons les maximes différentes que notre droit a consacrées tour à tour en cette matière; mais il est un côté de la question sur lequel nous insisterons d'une façon spéciale.

De tous les usages que l'Individu puisse faire de son indépendance, un des plus considérables est de s'unir, de s'associer à d'autres individus en vue d'un objet quelconque. L'État lui-même n'étant qu'une espèce particulière d'association voit les autres associations avec une défiance toute naturelle. Il pressent des rivalités dangereuses. Ses craintes augmentent même avec l'importance de chaque société. Aussi arrivent-elles au comble quand une association puissante lui dispute ou semble lui disputer une une portion de ce qu'il regarde comme son domaine.

Vous devinez que je parle de l'interminable querelle de l'État et de l'Église. Parmi les questions que soulève la conciliation de

Digitized by Google

la Liberté et de l'Autorité, il n'en est point de plus grave, de plus délicate. Nous verrons que la France s'est donnée à cet égard une institution particulière, connue sous le nom de Recours pour abus.

Lorsque l'on s'est rendu compte des fonctions de l'Autorité et des limites où elle doit en renfermer l'exercice, on se demande quelles sont les personnes dans lesquelles elle s'incarne pour agir. Je l'ai déjà dit incidemment : ce sont, d'abord, l'homme ou les hommes qui constituent le Souverain du pays, et ensuite certains fonctionnaires, ses délégués ou sous-délégués. Nulle part, le Souverain ne peut, en effet, suffire à la tâche immense de l'Autorité publique. Mais, ce qui varie d'état à état, c'est le rôle qui lui est réservé, par opposition à celui qu'il abandonne aux fonctionnaires de divers ordres.

Bien entendu, la constitution même du Souverain influe puissamment sur ce partage d'attributions. Une masse indéfinie, répandue sur un vaste territoire, est incapable d'accomplir ce que fait une assemblée délibérant en commun, et une assemblée même restreinte est hors d'état de faire tout ce qu'un prince peut accomplir lui-même, bien ou mal. Imagine-t-on, je ne dis pas dix millions de citoyens, mais seulement un sénat de trois cents membres dirigeant, comme Henri IV, sur des champs de bataille les opérations d'une armée ? On peut établir en règle que plus le souveraineté est divisée dans un État, plus le rôle du Souverain doit se resserrer. De là, l'importance, dans les démocraties sages et sincères, du principe de la représentation, ignoré de l'antiquité même classique.

Distinguer les fonctions retenues par le Souverain de celles qu'il délègue ne suffit pas. Il faut aussi rechercher si la part faite aux délégués ne doit pas être subdivisée à son tour, et en vertu de considérations très générales. Je ne parle pas de la nécessité qu'il y a de tenir compte de la faiblesse humaine, laquelle ne permet à une personne que d'assumer une certaine tâche; ni des avantages qui se trouvent à utiliser les aptitudes spéciales dont les individus peuvent être doués pour tels ou tels emplois. Le Droit public s'attache à des questions moins simples : par exemple, à celle de savoir s'il est indifférent de confier une fonction déterminée à un délégué unique ou bien à un conseil

Digitized by Google

plus ou moins nombreux de délégués. Il se demande également (s'élevant plus haut) : si telle combinaison ne garantit pas excellemment dans un État policé les droits respectifs des particuliers et des pouvoirs publics ; si tel régime ne laisse point à la société civile la liberté qui fait sa vie, sans compromettre la discipline indispensable aux armées; si telles mesures ne doivent pas être appliquées, dans les pays d'une certaine étendue, pour maintenir l'unité de l'État et une indépendance locale sérieuse. Principe de la séparation des pouvoirs! Indépendance de l'autorité civile et de l'autorité militaire! Centralisation ou décentralisation! Qui de vous ignore les controverses sans fin que ces mots rappellent? Il n'est pas dans la politique de problèmes plus ardus, et trop de fois bien mal exposés!

Souvenez-vous, en tout cas, que ces problèmes intéressent tous l'ensemble du Droit public, et non une de ses branches seulement. On ne parle guère sans doute de centralisation et de décentralisation qu'à propos des lois administratives. Il n'en est pas moins certain qu'on peut aussi pratiquer une décentralisation législative ou judiciaire.

La répartition des fonctions de l'Autorité entre les délégués de divers ordres n'empêche point que ces délégués aient des rapports extérieurs, même lorsqu'ils sont indépendans les uns des autres dans le service. Ces rapports font l'objet de règles spéciales, dont l'application soulève bien des conflits, quand elle devrait tout au plus provoquer ses sourires. Nous consacrerons à l'étude du cérémonial officiel de la France un temps proportionné à l'importance que la matière présente au point de vue juridique.

D'une bien autre gravité est le sujet auquel nous passerons ensuite : la condition légale des dépositaires de l'Autorité, des fonctionnaires, dans le sens le plus large du mot. Les délégués du Souverain ne sont pas investis de mandats semblables à ceux que régit le Code civil. Une comparaison minutieuse des deux espèces de mandats permet de mettre en lumière des principes qu'il est essentiel de connaître. Aussi rechercherons-nous successivement : la manière dont on est investi d'une fonction quelconque; les avantages personnels qu'elle confère; le point où

Digitized by Google

s'arrêtent les pouvoirs dont on est revêtu; l'effet de l'expiration d'un mandat public; la responsabilité qu'il fait encourir. Sur tous ces points, notre droit nécessite un examen attentif, car les principes n'en sont pas également bien dégagés, et les mieux établis sont sans cesse méconnus dans la pratique des affaires.

Je viens d'indiquer les questions multiples qui touchent aux personnes auxquelles appartient l'exercice de l'Autorité, et je passe à celles qui sont relatives à cet exercice lui-même.

Et d'abord, s'inspirera-t-il de l'idée d'égalité? La loi sera-t-elle identiquement la même pour tous les sujets et sur tout le territoire de l'État?

Vous connaissez quel est l'idéal, l'idéal légitime des démocraties, auxquelles le despotisme a, d'ailleurs, plus d'une fois préparé les voies à cet égard. Malheureusement, la passion de l'égalité a été poussée souvent jusqu'à la manie de l'uniformité, d'une uniformité contre nature. Rien d'instructif comme l'histoire de la législation coloniale de la France moderne pour qui admettrait une théorie du Droit partant de l'axiome algébrique A = A, traduisez : un homme égale un homme. Pour reconnaître ce que cette formule a de relatif, il suffit de quitter la métropole et de visiter les possessions d'Asie ou d'Afrique. Alors on voit dans quelle mesure les Français ont pu appliquer au-delà des mers le fameux principe de l'égalité devant la loi.

L'Autorité peut, en outre, être considérée quant au temps et quant aux lieux où elle s'exerce.

Quant au temps, c'est étudier les règles qui fixent le calendrier officiel et les jours et heures où l'action des pouvoirs publics est partiellement suspendue, car jamais ils ne chôment complètement.

Quant aux lieux, c'est surtout exposer la grande division territoriale qui sert à l'organisation du pouvoir législatif, comme au fonctionnement de la magistrature et de l'administration.

A la suite, je placerai quelques observations : sur la manière dont s'arrêtent les résolutions de l'Autorité; sur l'organisation des recours; et sur le caractère authentique et obligatoire des actes des fonctionnaires publics. N'allez pas croire, en effet, que les règles suivies de nos jours en France le soient ou l'aient été uni-

Digitized by Google

versellement. L'histoire ancienne et moderne montre que tous les peuples n'ont point adopté, par exemple, une loi qui nous semble être de sens commun : c'est que, dans un conseil, dans une assemblée, l'opinion d'une majorité s'impose.

Au cacactère authentique des actes des fonctionnaires publics se rattache l'indication des moyens que l'Autorité emploie pour manifester sa présence ou ses décisions : emblèmes, insignes et costumes, langues, caractères, systèmes de poids et de mesures, etc. Je me contente d'indiquer ces points, dont l'intérêt est fort inégal pour un légiste, et dont quelques-uns nous arrêteront à peine.

Au caractère obligatoire des actes des fonctionnaires publics se relie, au contraire, logiquement la théorie de l'emploi de la force par l'Autorité. Qu'est-ce qui constitue la force dont elle dispose? Qui peut la mettre en branle ? Dans quelles formes doit-elle être réquise? Telles sont les principales questions que nous examinerons en terminant la seconde partie du Droit public général.

Et maintenant, vous vous rendez compte, — je l'espère, — du sens de cette expression. On pourrait faire un cours tout entier sur les matières que je viens d'énumérer, et un cours qui ne le cèderait à aucun autre en intérêt et en importance. Par malheur! les programmes officiels mesurent avarement le temps au Droit public. Je serai donc obligé de glisser sur certaines parties pour m'appesantir sur les parties capitales. A plus forte raison n'insisterai-je point sur les sujets dont vous aurez dû prendre connaissance par aillenrs.

Une fois que nous en aurons fini avec le Droit public général, nous passerons aux branches particulières du Droit public; mais nous n'aurons pas à nous occuper de toutes.

Vous savez que, par branche particulière du Droit public, j'entends l'ensemble des règles spéciales qui président à l'exercice d'une des grandes fonctions de l'Autorité; et vous savez aussi que, rien qu'au point de vue juridique, on peut diviser ces fonctions de plus d'une manière.

Voici les groupes qu'il me paraît commode de former pour l'étude de notre droit national, — plus commode, je l'avoue, que rigoureux et scientifique.

Digitized by Google

On peut considérer, d'abord, l'autorité française en tant qu'elle établit seule des règles pour ses sujets et pour son territoire propre : c'est l'objet du Droit législatif.

On l'envisage ensuite dans l'application des lois, à l'intérieur de l'État : soit que ces lois garantissent les intérêts privés et châtient les délits et les crimes : c'est l'objet du Droit que j'appellerai judiciaire; soit que ces lois s'inquiètent des intérêts collectifs, d'ordre public : c'est l'objet du Droit dit administratif.

Vous remarquerez que nous employons ici les mots administratif et judiciaire en les détournant de leur sens étymologique; mais plus tard, quand vous connaîtrez la théorie de la séparation des pouvoirs, vous verrez que nous ne faisons en cela que nous conformer à l'usage.

Une dernière branche du Droit public français comprend toutes les règles qui organisent la représentation du pays dans ses rapports avec les puissances étrangères. Notez que, si nos diplomates doivent s'inspirer du Droit internationl quand ils négocient avec l'Allemagne ou l'Angleterre, ce n'est pas le Droit international, mais bien notre droit qui détermine les personnes, les autorités, qui ont mission d'engager la France. A défaut d'un terme consacré et meilleur, nous désignerons sous le nom de Droit diplomatique cette branche importante du Droit.

Je vous ai dit, du reste, que toutes les branches particulières du Droit public ne rentrent pas dans mon cours. En vous exposant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et le Code de procédure civile, mes collègues vous ont initiés au Droit judiciaire. Le Droit diplomatique, — et c'est une lacune regrettable, — ne s'enseigne point aux candidats à la licence. Restent le Droit législatif et le Droit administratif proprement dit!

La matière à traiter n'est, d'ailleurs, que trop riche. Pour vous en donner une idée suffisante, il me faudrait, tout au moins, le double du temps dont je dispose. Je serai donc obligé de me restreindre aux sujets essentiels, et encore aux plus pratiques.

H. BARCKHAUSEN.

Digitized by Google

LA LÉGISLATION ANNAMITE

Par M. Boüinais, capitaine d'infanterie de marine,
et M. Paulus, professeur à l'École Turgot.

I.

LA LÉGISLATION ANNAMITE ANCIENNE [1].

Le *Code pénal annamite*, autrefois en usage dans la Basse-Cochinchine, est encore appliqué dans les affaires civiles portant sur les biens. Il est basé sur le Code chinois. Il se compose de deux parties : la première (Luât en annamite, Lû en chinois) est la loi fondamentale, suivie depuis les temps antiques par les peuples de civilisation chinoise. La seconde (Lê en annamite, Li en chinois) est formée par les règlements supplémentaires et explicatifs, variables et susceptibles de modifications. C'est surtout cette seconde partie qui renfermait les dispositions applicables à nos sujets.

Le Code annamite fut promulgué en 1812 par Gia-Long d'après les anciennes lois de l'Annam et de la Chine. Il présente en général un caractère de sagesse et de modération remarquable chez un peuple de l'extrême Orient. L'Empereur, dans sa préface au recueil, apprécie fort bien les nécessités d'un Code pénal qui doit être une sanction de la loi morale, une défense pour la société, et qui doit surtout favoriser l'amendement des coupables. « Sans un Code de punitions, dit-il, comment le peuple pourrait-il recevoir l'instruction? Comment serait-il ramené à la vertu? » Le souverain déclare qu'il a publié sa nouvelle rédaction pour que les mandarins et les officiers publics connaissent la loi et la fassent connaître à ses sujets : « Le peuple alors, changeant de conduite, retournera au bien et le châtiment fera place à l'éducation. Le crime n'existant plus, le tribunal deviendra inutile et le châtiment disparaîtra. Comment pourrions-nous ne pas espérer, ne pas attendre ce jour où le présent Code deviendra inutile ?» C'est là un noble souhait et une belle confiance dans le progrès moral qui honorent le législateur, mais qui ne tiennent pas assez compte de la malheureuse nature humaine.

[1] Ce travail est extrait d'un ouvrage qui paraîtra prochainement sous le titre de l'*Indo-Chine française contemporaine* (*Cochinchine, Cambodge, Tonkin, Annam*).

Digitized by Google

La législation reconnait la gradation des fautes, et dans chaque faute une gradation qui dépend des circonstances spéciales du délit. Elle admet les circonstances aggravantes, comme la parenté du coupable avec la victime dans le cas d'homicide (parricide, fraticide), l'importance du vol, la qualité de fonctionnaire du coupable, la préméditation, le guet-apens, le cumul des délits ; elle admet de même dans une large mesure les circonstances atténuantes, l'enfance ou la démence du coupable, l'aveu de la faute, l'imprudence qui a seule amené des blessures ou la mort, etc.

La tentative criminelle qui n'a pas abouti par suite de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur est punie comme le crime lui-même. Les complices sont généralement frappés d'une peine inférieure à celle portée contre le principal auteur. Les officiers publics sont responsables lorsqu'ils laissent échapper des coupables ou ne font pas exécuter les sentences prononcées ; au contraire, ces mêmes officiers reçoivent parfois une prime lorsqu'ils font arrêter un accusé ou un condamné en fuite. Le texte de la loi est toujours formel en matière de pénalité et aucune condamnation ne peut être prononcée si elle n'est pas inscrite dans le Code, car, dit le législateur, « il ne faut en aucun cas négliger de se laisser guider par la loi. »

De même que les Chinois, les Annamites employaient la question comme moyen d'information judiciaire. Mais les Annamites ne connaissaient d'autre procédé de question que l'usage de la verge, rotin très mince. Quelques coups de cet instrument étaient appliqués au patient sur un signe du juge. La question était loin de mériter, aux yeux des indigènes, le reproche de cruauté et de barbarie qu'on lui adressait justement chez nous, avant qu'elle ne fût abolie par Louis XVI. En outre, le caractère très froid de la race faisait que les juges de cette nation usaient de ce moyen barbare avec une modération extraordinaire et une habileté consommée.

L'ancien Code pénal annamite connaissait *cinq peines atroces* : la marque, l'ablation du nez, l'amputation d'un pied, la castration et la mort. Gia-Long, plus humain, les remplaça par cinq peines moins cruelles, le bambou pour les contraventions, le

Digitized by Google

bâton pour les délits, les fers pour les fautes plus graves, l'exil pour les crimes qui n'entraînaient pas la peine capitale, et enfin la mort. La condamnation aux fers était accompagnée de 60 à 100 coups de bâton et des travaux les plus pénibles. La peine de mort était subie par la strangulation, la décapitation ou la mort lente. La décapitation était considérée comme une peine plus grave que la strangulation, parce qu'elle entraîne la séparation de la tête et du tronc, ce que les Annamites redoutent, comme les Musulmans, à cause de certaines idées religieuses. La mort lente était prononcée dans les cas de haute trahison ou de crimes les plus graves contre l'autorité paternelle. Elle consistait à couper les membres du coupable et à briser ses os. Les exécutions se faisaient généralement dans le village du condamné. La mort par strangulation ou par décapitation était souvent prononcée avec sursis, et dans ce cas, le roi la commuait généralement en exil [1] ou en plusieurs années de fers. Différentes peines accessoires, la surveillance de la haute police, la dégradation du mandarinat, de l'état d'officier, du titre et des prérogatives de chef de famille, l'exposition des coupables avec la marque, la confiscation des biens, le port de la cangue, la prison, permettaient d'établir une échelle dans la pénalité. Le cumul des peines était à peu près réglé comme dans notre Code. Si une personne commettait deux délits, on ne devait s'occuper que du plus grave ; si deux fautes étaient du même degré, on ne devait en retenir qu'une seule.

Tout mitigé qu'il fût, le Code de Gia-Long ne pouvait être conservé complètement sous la domination française. Dans les premiers temps de la conquête, le Gouverneur, juge souverain en matière indigène, comme héritier du pouvoir des monarques de Hué, en vertu des pouvoirs étendus qui lui étaient confiés, transformait, par droit de grâce, les condamnations du Code annamite en peines prescrites par le Code pénal français. Un décret du

[1] L'exil était autrefois appelé peine de doute ou peine de miséricorde : peine de doute parce qu'on l'appliquait lorsque la culpabilité de l'accusé n'était pas assez certaine pour lui infliger la mort ; peine de miséricorde parce que souvent l'exil était une commutation de la peine capitale, commandée par l'admission de circonstances atténuantes en faveur du coupable.

Digitized by Google

24 mars 1877 imposa aux juges la transformation des pénalités de la manière suivante :

PEINES DU CODE ANNAMITE.		PEINES DU CODE PÉNAL FRANÇAIS.
50 jours de cangue.	emprisonnement	50 jours.
100 coups de bâton.		9 à 11 mois.
50 coups de bambou.		5 jours à 6 mois.
3 ans de fers et 100 coups.	travaux forcés.	2 à 4 ans.
Exil à 2.000 lis et 100 coups.		3 à 8 ans.
Exil à 3.000 lis et 100 coups.		7 à 12 ans.
Strangulation avec sursis.		5 ans à perpétuité.
Décapitation avec sursis.		6 ans à perpétuité.
Strangulation.	Décapitation.	
Décapitation.		
Mort lente.		

Il existait dans le Code pénal annamite des délits ou des éléments de délit qui ne peuvent être reconnus par nos lois, comme la désobéissance ou l'ingratitude d'un esclave, et l'aggravation de délit résultant de la situation servile du coupable, car l'esclavage est aboli sur toute terre française (décret du gouvernement provisoire de 1848).

Le Code annamite admettait les dommages-intérêts, ordonnait la restitution des choses dérobées; il attribuait les amendes prononcées contre les coupables aux plaignants ou aux membres de leur famille; il punissait le recel comme un fait de complicité avec le voleur, mais il reconnaissait l'excuse résultant de l'ignorance de la provenance de la chose recélée. Si une aggravation de peines frappait la rébellion contre les agents de la force publique, ceux-ci étaient sévèrement punis, comme les magistrats, dans le cas d'abus de pouvoir ou de négligence dans l'exercice de leurs fonctions. Les délits commis en bande et à main armée étaient punis plus sévèrement que les mêmes fautes commises par un individu isolé, et, comme dans notre législation, le chef de la bande encourait la peine la plus forte. La non-dénonciation de certains crimes, le recel des coupables étaient condamnés ainsi que le défaut de surveillance des maîtres ou des parents sur les domestiques ou les enfants. Dans le cas de délits commis par ceux-ci, le maître ou le père était poursuivi correctionnellement :

[1] Les Anglais ont conservé aux Indes la peine du fouet.

Digitized by Google

c'est une différence à remarquer avec les prescriptions de nos Codes qui n'admettent que la responsabilité civile du maître ou du père.

L'empereur Gia-Long avait reconnu le droit d'appel contre les décisions des tribunaux inférieurs ; il imposa même d'office ce recours lorsque les juges prononçaient une condamnation avec sursis. Dans ce cas, le monarque pouvait faire grâce, sur le rapport du tribunal qui avait prononcé la sentence. Quelquefois cependant le Code refusait d'admettre l'appel et voulait que l'arrêt fût exécuté sur-le-champ. Le roi avait le droit de grâce, dans sa plus grande étendue, il pouvait remettre en tout ou en partie la peine prononcée par le tribunal. L'exécution des condamnés était adoucie pour les femmes et pour les vieillards, les derniers avaient toujours la faculté de racheter par argent la peine prononcée ; les femmes ne devaient recevoir que des coups de rotin et étaient autorisées à garder leurs vêtements pendant la bastonnade.

Sur deux points particuliers le Code annamite s'écartait absolument de nos règles de jurisprudence. Il permettait le rachat de certaines peines par une indemnité pécuniaire et n'admettait pas que les Annamites fussent égaux devant la loi, car on voyait le même délit puni plus ou moins sévèrement suivant le rang du coupable dans la société : c'est ainsi qu'un mandarin était plus facilement excusé de ses crimes qu'un simple particulier. Le rachat des peines par une indemnité rappelle le *wehrgeld* ou composition des tribus germaniques aux premiers siècles du moyen âge. Ce principe une fois admis, le Code se montrait humain dans l'application des peines. Il considérait les circonstances du délit, la richesse et l'état des coupables et des victimes. Ainsi il y avait une différence de rachat entre les indigents et les riches. Le rachat se réduisait à une somme minime pour les vieillards, pour les infirmes ou les malades, pour les astronomes et les femmes, car, disent avec une grande délicatesse les préliminaires du Code, « il est bon d'user de clémence envers les personnes âgées et celles qui souffrent ; il faut de même être libéral envers les savants et pardonner aux femmes. » La proposition de rachat de la peine était d'ailleurs l'objet d'un rapport des juges qui avaient connu de l'affaire, afin que l'autorité supérieure pût savoir s'il convenait d'accueillir favorablement la demande.

Digitized by Google

Le Code annamite est pauvre en prescriptions se rapportant au droit civil et son application était difficile pour nos magistrats, parce que la plus grande partie des prescriptions est demeurée à l'état de préceptes dans les livres sacrés d'origine chinoise, les *Minh* et le *Leky*. C'est là et aussi dans le droit coutumier non écrit, remarque M. Villard, administrateur des aflaires civiles en Cochinchine, qu'il a fallu aller les chercher quand il s'est agi de faire en Cochinchine ce que les Anglais ont fait aux Indes, un Code de législation indigène [1]. La nécessité de reviser et de coordonner les textes des lois civiles annamites ne pouvait être sérieusement contestée, dit M. Lasserre, conseiller à la Cour de Saïgon. Il convenait également de les dégager de toutes les sanctions pénales qui sont, pour la plupart, incompatibles avec les principes d'égalité et de liberté que la France a proclamés en Cochinchine en y établissant sa souveraineté [2]. Pour arriver à un classement utile de ces textes, ajoutait cet honorable magistrat, on ne saurait mieux faire que de suivre l'ordre établi dans notre Code civil. Outre, d'ailleurs, qu'il serait difficile de faire une classification plus rationnelle et plus pratique, il est à considérer que le magistrat chargé de rendre la justice trouvera, dans cette disposition des matières qui lui est familière, une grande facilité pour les recherches qu'il pourra avoir à faire dans la législation annamite. Notre Code civil renferme du reste une foule de dispositions similaires qu'il est bon de conserver pour combler les lacunes considérables de cette législation.

« Le droit français a, en effet, avec le droit annamite, de nombreux points de contact; il ne s'en sépare d'une manière notable qu'au point de vue du statut personnel [3]. »

II.

LÉGISLATION FRANCO-ANNAMITE ACTUELLE.

Ces observations ont été entendues. Un décret du 3 octobre 1883 a rendu applicables en Cochinchine les dispositions des

[1] Lasserre, *Excurs. et reconn.*, n° 5, p. 332.

[2] *Excurs. et reconn.*, n° 6, p. 465.

[3] *Excurs. et reconn.*, n° 6, p. 466.

Digitized by Google

titres préliminaire (de la publication, des effets et de l'application des lois en général), I (des personnes) et III (du domicile) du Code civil métropolitain, à l'exception de l'article 1er sur la promulgation des lois. L'article 1er du Code civil est ainsi modifié : « Les lois sont exécutoires dans la colonie en vertu de la promulgation qui en est faite par le Président de la République. Les lois, décrets et règlements promulgués dans les possessions françaises de la Cochinchine sont exécutés :

« 1° Au chef-lieu, le lendemain de leur publication dans le *Journal officiel de la Cochinchine française* ;

2° Dans les autres localités, après les délais qui seront fixés proportionnellement aux distances par un arrêté du Gouverneur. »

L'application d'un § de l'article 3 du titre préliminaire ainsi conçu : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, » a dû être différée. Elle était à peu près impossible, dit un rapport du Procureur-général par intérim, M. Maisonneufve-Lacoste, « car rien n'est prêt pour mettre en pratique les prescriptions de la loi française. Cette loi, c'est la transcription, l'enregistrement, la procédure de saisie immobilière, les dispositions concernant l'hypothèque et la forme dans laquelle elle doit être constituée, etc. Cette loi régit également le partage successoral des immeubles, les donations, les obligations des tuteurs, des maris, etc.; elle prohibe le *huong-hoa*, le *truyet-tu* [1], en un mot, c'est la révolution complète apportée dans les mœurs indigènes.... En présence des conséquences que pourrait avoir l'application d'une loi aussi radicale et dans l'impossibilité d'ailleurs de pourvoir de suite à sa mise en vigueur, car il n'y a dans l'intérieur ni conservation des hypothèques, ni bureau d'enregistrement, ni huissiers capables de faire une saisie immobilière [2], » le Gouverneur, le conseil privé entendu, a pris un arrêté, le 19 mai 1884, décidant que « les dispositions de l'article 3 du titre préliminaire du Code civil indigène ne seront exécutoires qu'à partir du jour où la publication des lois françaises qui ont trait à cet ordre d'idées, aura pu être faite dans la langue du pays. » C'est là un moyen de tourner la diffi-

[1] Sur le *huong-hoa* et le *trayet-tu*, *vide infra*.

[2] *Journal officiel de la Cochinchine française*, 24 mai 1884.

Digitized by Google

culté et, en différant la promulgation, qui seule rend la loi applicable, de donner au pouvoir métropolitain le temps de modifier cet article dans l'esprit du projet de complément du Code franco-annamite dont nous parlons plus, bas lequel tient compte des mœurs des indigènes et des conditions particulières de l'organisation judiciaire de notre colonie. Il y a dans cet incident une leçon qui ne doit pas être perdue ; il montre combien il est difficile de légiférer à distance et quel compte on doit tenir, au ministère de la justice, des projets étudiés sur les lieux, par des autorités familiarisées avec la civilisation indo-chinoise. Le projet préparé par la colonie portait en effet que les immeubles des indigènes seraient régis par des lois particulières. Nous trouvons là un argument en faveur de la thèse sur la nécessité de spécialiser les fonctionnaires et les magistrats coloniaux et d'établir un roulement entre eux et le personnel européen, plutôt qu'entre le personnel de toutes les colonies. Si nous avions eu en France d'anciens magistrats de la Cochinchine qu'on aurait pu consulter, le Gouverneur ne se serait pas vu dans la nécessité de surseoir à l'application d'un décret présidentiel.

Le titre II du même livre « des actes de l'état civil » est remplacé pour les indigènes et Asiastiques par les dispositions d'un second décret, rendu le même jour. Enfin un précis rédigé par les soins du Ministre de la marine et des colonies et du Garde des sceaux a fixé, d'après les usages annamites, les principes du droit civil sur les matières traitées dans les autres titres du premier livre du Code (tit. IV, des absents, tit. V, du mariage, tit. VI, du divorce, tit. VII, de la paternité et de la filiation, tit. VIII, de l'adoption et de la tutelle officieuse, tit. IX, de la puissance paternelle, tit. X, de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation, tit. XI, de la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire). Ce précis a force exécutoire pour les indigènes et Asiastiques, dans l'étendue de la colonie.

Le gouvernement, en promulguant un précis, et non un Code par articles, a cru qu'en l'état actuel de la colonie il y avait des inconvénients graves à adopter des dispositions légales trop précises et qu'il convenait d'éviter les difficultés d'application que pourrait soulever une législation trop compliquée. Cette forme a

Digitized by Google

l'avantage de laisser à la jurisprudence une plus grande latitude qu'un texte législatif dans des matières qui ne nous sont pas bien connues; elle lui permettra de se mouvoir plus librement et pourra servir de base principale à des réformes ultérieures. Les considérations du rapport au Président de la République sur le décret précité sont fort sages, et il était impossible de faire plus en ce moment.

Les prescriptions du décret du 3 octobre 1883, sur l'état civil des Annamites, prescrivent qu'il doit être tenu, dans chaque commune, des registres pour constater les naissances, les mariages et les décès de tous les indigènes et Asiastiques. Les naissances, les mariages et les décès auront dans chaque commune, un registre spécial. Ces registres seront cotés et paraphés par le président du tribunal de l'arrondissement et tenus par des officiers de l'état civil désignés, pour chaque commune, par le Gouverneur. Ces officiers devront s'informer de chaque naissance, mariage et décès arrivé dans la commune.

Les registres sont tenus en double. Ils sont établis sur deux colonnes. L'une contient une formule imprimée en quoc-ngu [1], dont les blancs sont remplis par l'officier de l'état civil. L'autre colonne contient la traduction française de l'acte. La forme des registres et le texte des formules sont fixés par arrêtés du gouverneur.

Dans les dix premiers jours de chaque mois l'officier de l'état civil fera parvenir au greffe du tribunal de l'arrondissement une copie correcte, signée par lui et certifiée par deux notables, de tous les enregistrements de naissances, mariages et décès faits par lui dans le mois écoulé.

Le Procureur de la République devra vérifier ces copies et ordonner les rectifications qui pourraient être nécessaires. Les registres sont clos et arrêtés le 31 décembre de chaque année; l'une des expéditions est adressée dans le mois de janvier suivant au greffe du tribunal de l'arrondissement. Les copies mensuelles transmises par les officiers de l'état civil y demeureront annexées ;

[1] Le *quoc-ngn* est l'écriture, en lettres latines, de la langue annamite qui, autrefois, faisait exclusivement usage des caractères idéographiques chinois.

Digitized by Google

l'autre expédition est déposée à la mairie de la commune.

Toute personne obligée par les articles ci-après à faire une déclaration de naissance, de mariage ou de décès, et qui, sans excuse légitime, a omis ou négligé de le faire, sera punie d'une amende de 5 à 50 francs, sauf le cas d'application de l'article 346 du Code pédal.

Toute personne qui volontairement fera ou laissera faire une fausse déclaration à l'officier de l'état civil, ou qui donnera sciemment des renseignements faux, incomplets ou inexacts, sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 500 à 2.000 francs.

Tout officier de l'état civil qui, par manque de soins, aura détruit, altéré, effacé ou perdu un registre de l'état civil, qui aura négligé d'enregistrer une naissance, un mariage ou un décès dont il avait connaissance, ou qui aura souffert qu'on altère, efface ou détruise un registre dont la garde lui est confiée, sera puni d'une amende de 500 à 2,000 francs et d'un emprisonnement de six mois à deux ans, sans préjudice des peines plus graves édictées par le Code pénal (art. 145 et suivants, 192 et suivants).

En cas d'absence ou d'empêchement de l'officier de l'état civil, il confie la garde des registres au suppléant qui aura été désigné par le Gouverneur. Ce suppléant est astreint aux mêmes obligations et encourt les mêmes peines que l'officier de l'état civil.

Toute déclaration concernant l'état civil sera faite en présence de deux témoins. L'acte dressé énoncera leurs noms et prénoms, âge, domicile et profession, eu même temps que ceux du déclarant.

Les registres tenus dans les greffes font foi en justice, jusqu'à preuve contraire. Il en sera délivré des extraits à toute personne qui en fera la demande, moyennant un droit fixé par le Gouverneur.

Les officiers de l'état civil peuvent également délivrer des extraits des registres. Ces extraits sont signés de l'officier de l'état civil et de deux notables.

Des actes de naissance.

Lorsqu'une naissance surviendra dans une commune, déclaration devra en être faite dans les huit jours.

Digitized by Google

L'enfant sera présenté à l'officier de l'état civil, soit au bureau de l'état civil, soit, en cas de maladie, dans la maison où il se trouvera.

L'officier de l'état civil, dans ce dernier cas, se transportera avec son registre et consignera immédiatement les déclarations qui doivent lui être faites.

La déclaration de naissance sera faite par le père, s'il est présent. En cas d'absence du père ou s'il est empêché, ou si la mère n'est pas mariée, les personnes ayant assisté à l'accouchement, celles habitant la même maison que l'accouchée, ou une maison voisine, seront tenues de déclarer la naissance.

En cas de naissance dans les hôpitaux, prisons ou autres établissements publics, les directeurs ou administrateurs seront tenus de faire la déclaration prescrite.

Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né, abandonné ou exposé, devra le remettre à l'officier de l'état civil de la commune, avec les vêtements et effets trouvés sur l'enfant, et déclarer touter les circonstances de temps et de lieu où il aura été trouvé.

Mention en sera faite sur le registre des naissances avec l'indication de l'âge présumé de l'enfant, de son sexe et du nom qui lui sera donné immédiatement.

L'acte de naissance énoncera le jour de la naissance de l'enfant, son sexe, les prénoms qui lui seront donnés, les noms, prénoms, profession et domicile des père et mère et indiquera s'il est né d'une union du premier rang ou du deuxième rang.

Pour les enfants nés hors mariage, le nom de la mère devra seul être indiqué.

La déclaration de naissance d'un enfant né d'un indigène sujet français, hors du territoire français, devra être faite par le père ou la mère dans les huit jours qui suivront le retour sur le territoire français, si ce retour a lieu dans l'année de la naissance, à l'officier de l'état civil de la commune où ils résideront. Elle sera alors inscrite au registre.

La naissance d'un enfant de parents français, né hors du territoire français, sera, en dehors du cas ci-dessus prévu, inscrite sur un registre spécial, tenu au tribunal de Saïgon, lorsqu'elle

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

sera constatée par des certificats émanés des autorités compétentes du lieu de la naissance.

Des actes de mariage.

Lorsqu'un mariage sera projeté et que le jour de la cerémonie définitive sera arrêté, chacune des personnes (chû hon) chargées de procéder à ce mariage, du côté de chacun des futurs époux, devra en donner avis à l'officier de l'état civil de la commune où réside celui des futurs époux auquel elle sert de *chû hon*. L'entremetteur du mariage devra également informer l'officier de l'état civil de la commune où réside la future epouse.

La déclaration devra indiquer les noms, prénoms, âge et domicile :

1° De chacun des futurs époux;

2° Des père et mère de chacun des époux (dans le cas où ils seraient décédés, mention en sera faite);

3° De la personne qui procède au mariage, du côté de l'époux et du côté de l'épouse ;

4° De l'entremetteur lui-même.

On devra déclarer également s'il s'agit d'un mariage de premier ou de deuxième rang.

Ces déclarations seront inscrites sur un registre spécial.

Les déclarations reçues en vertu de la disposition précédente seront immédiatement mentionnées sur un tableau affiché à la porte du bureau de l'état civil et y demeureront affichées pendant un délai de huit jours. La cérémonie définitive ne peut avoir lieu avant l'expiration de ce délai.

Le jour où s'accomplira la cérémonie définitive dans la famille de la future épouse ou dans les trois jours qui suivront, une nouvelle déclaration sera faite par l'époux ou par les *chû hon*. L'officier de l'état civil la transcrira avec tous les renseignements précédemment fournis sur le registre des mariages : il fera signer cette déclaration par les nouveaux époux, leurs père et mère vivants, les personnes qui ont procédé au mariage et l'entremetteur. Il signera ensuite séance tenante, et apposera le cachet du village.

Dans le cas où le mariage aurait lieu sans entremetteur, men-

Digitized by Google

tion devra en être faite sur le registre d'inscription des mariages. Dans ce cas, les déclarations à faire par l'entremetteur seront faites à l'officier de l'état civil par la personne qui procède au mariage du côté de la future.

Les parties pourront toujours se présenter devant l'officier de l'état civil, et le requérir de procéder au mariage, conformément aux articles 75, 76 et 165 du Code civil, après la publication prescrite par la loi. Ils seront tenus, en ce cas, de se soumettre aux dispositions de l'article 147.

Tout indigène qui aura contracté mariage en dehors du territoire français sera tenu, dans les trois mois de son retour, de faire la déclaration prescrite par l'article 16 à l'officier de l'état civil de la commune où il fixera sa résidence. Cette déclaration sera inscrite sur le registre spécial et sera signée du déclarant de sa femme.

C'est surtout sur les actes de mariage que portent les différences de la législation franco-annamite et du Code métropolitain, à cause de l'existence légale des mariages de second rang, c'est-à-dire de la polygamie chez nos sujets de la Basse-Cochinchine, et des coutumes des indigènes pour la célébration de l'union conjugale. Cependant la plus grande partie des prescriptions générales de notre droit public ont été observées. La publication des bans, qui établit la publicité de l'alliance, est consacrée par l'obligation de faire afficher le futur mariage à la porte du bureau de l'état civil pendant huit jours. L'enregistrement de l'union est assurée par la rédaction de l'acte de l'état civil, signé par les époux, l'entremetteur, la personne qui a procédé aux cérémonies nuptiales et le maire. Le cachet de la municipalité, apposé sur le procès-verbal, achève d'établir l'authenticité de l'acte.

Le précis de législation annamite prévient les mariages clandestins, nuls de plein droit, en déclarant qu'il doit exister une cérémonie publique, conforme aux usages locaux. Il établit les conditions dans lesquelles une alliance est radicalement nulle ou seulement annulable : il indique les personnes qui auront le pouvoir de requérir la nullité du mariage; il fixe l'âge minimum des époux (16 ans pour l'homme, 14 ans pour la femme). Comme dans le droit français, le consentement des ascendants est requis

Digitized by Google

et de plus il n'est pas fait mention des actes respectueux, ce qui s'explique par la rigidité de la constitution de la famille chez les Indo-Chinois. Le consentement des collatéraux, en cas de décès, d'absence ou d'empêchement des ascendants, est demandé aux futurs époux sans que le refus d'autorisation puisse faire obstacle au mariage si le conjoint a plus de vingt et un ans.

Nul ne peut contracter un mariage de premier rang pendant l'existence d'une union de cette nature; d'un autre côté on ne peut prendre une femme de second rang si, au préalable, on n'a déjà contracté une alliance de premier ordre. La prohibition du mariage pour parenté ou pour alliance est plus sévère qu'en droit français puisqu'elle s'applique aux cousins jusqu'au sixième degré de parenté et aux parents de même souche ayant le même nom de famille.

Par le mariage, la femme entre dans la famille du mari, et sort de sa propre famille. La femme de premier rang a le droit et le devoir d'habiter au domicile conjugal. La femme de second rang réside à l'endroit fixé par le mari.

Quel que soit le rang de l'union contractée, le mari doit subvenir, selon ses ressources, aux besoins de la femme.

Il n'a, sous aucun prétexte, le droit de la vendre, de la louer ou mettre en gage, de la marier. Il ne peut la répudier que dans les cas prévus par la loi.

Dans toutes les affaires concernant la femme, celle-ci est représentée par son mari. Quand elle veut agir contre le mari, elle doit se faire autoriser par le président du tribunal. Il en sera de même quand il aura été constaté que le mari est incapable de la représenter. Le mari peut donner à sa femme le pouvoir d'agir par elle-même.

Les père et mère sont obligés de nourrir, élever et entretenir leurs enfants.

Les enfants et descendants doivent des aliments à leurs parents et ascendants qui se trouvent dans le besoin, et réciproquement les ascendants doivent des aliments à leurs descendants. L'obligation a pour double mesure le besoin de celui qui réclame et les facultés de celui qui doit.

L'obligation alimentaire réciproque existe entre le gendre et

Digitized by Google

les ascendants de sa femme tant que le mariage existe, entre la belle-fille et les ascendants du mari ; elle cesse seulement quand, le mariage qui produisait l'alliance étant dissous, une autre union a été contractée par la femme.

Les enfants n'ont pas d'action contre leurs parents pour un établissement par mariage ou autrement.

S'ils ont une revendication légitime à exercer contre eux, l'action sera intentée par le chef de la famille, ou, si celui-ci refuse d'agir, et l'action paraissant bien fondée, par le ministère public.

Le divorce est admis en Cochinchine.

Chacun des époux a le droit de demander contre son conjoint le divorce, en se fondant sur des excès et sévices graves, sur la condamnation de l'autre époux à une peine infamante, sur le cas d'absence déclarée.

Le divorce peut, en outre, être demandé contre la femme pour cause d'adultère ou d'abandon du domicile conjugal, pour excès et sévices graves envers les père et mère ou ascendants du mari.

Le divorce pourra être aussi prononcé, à la demande de l'un et l'autre des époux, quand ils auront manifesté la volonté mutuelle et persévérante de rompre leur union.

Dans tous les cas où une demande en divorce est admissible, les époux peuvent demander simplement à être séparés de corps. La demande sera instruite et jugée de même. Cette clause a été insérée dans la législation pour les chrétiens de la colonie.

Les Annamites attachent une grande importance à la perpétuité de la lignée familiale. Ils ont rendu des honneurs à leurs ancêtres et ils désirent que leurs descendants leur rendent les mêmes honneurs. Ils craignent surtout de mourir sans laisser de représentants légaux. Aussi l'adoption est-elle d'un usage très répandu et les parents constituent-ils un héritier au défunt s'il n'a pas laissé de postérité. Le précis de législation franco-annamite admet ces coutumes, et règle leur usage. Toutefois il ne peut être institué de postérité à un célibataire que dans deux cas ; s'il était fiancé et si sa fiancée respecte sa mémoire (on suppose alors qu'il y a eu un véritable mariage) ou s'il a été tué à la guerre. Dans cette occurrence la mort au champ d'honneur

Digitized by Google

assure au défunt la jouissance des droits qu'il aurait exercés par le fait d'un mariage.

III.

PROJET DE LÉGISLATION COMPLÉMENTAIRE.

Les livres du Code civil français relatifs aux biens n'ont pas encore été promulgués en Cochinchine avec les modifications nécessitées par l'état social de nos régnicoles. Les études des magistrats coloniaux permettront un jour d'assurer le bienfait d'une sage réforme aux justiciables indigènes. Actuellement les tribunaux appliquent les prescriptions du Code de Gia-Long. Leur tâche est souvent difficile et ils sont parfois obligés, comme le préteur des étrangers à Rome, d'avoir recours aux données du droit naturel, en raison du silence de la législation indigène sur les points en litige.

L'introduction d'un nouveau Code franco-annamite est vivement désirée par les colons, car il est bien difficile d'établir certaines institutions nouvelles, comme le crédit foncier, qui constitueraient un progrès économique évident, à cause du manque de stabilité et du défaut de garantie de la propriété chez nos sujets.

Le Conseil colonial, dans ses vœux, a plusieurs fois attiré l'attention des pouvoirs publics sur ces questions, fort importantes pour l'avenir de notre établissement.

M. Lasserre, vice-président de la Cour d'appel de Saïgon, a publié, par ordre du Gouverneur, un projet du livre III du Code civil modifié à l'usage des Annamites. Une commission de notables indigènes, présidée par le phu de Mytho, M. Tran-ba-loc, a été nommée le 4 octobre 1883, pour examiner ce projet et déclarer si ses dispositions sont conformes aux mœurs et aux coutumes des habitants.

Sur les successions. — Le projet, tout en se rapprochant le plus possible de la législation métropolitaine, adopte certaines modifications sur les prescriptions relatives aux successions. Ainsi la femme qui respecte son veuvage ou le mari survivant a la jouissance de l'usufruit des biens de son conjoint et acquiert pleine propriété de ces mêmes biens s'il n'existe pas d'autres héritiers

Digitized by Google

légitimes. Les con-nuôi, enfants adoptés par une sorte de tutelle officieuse, les enfants par *devoir*, comme on les appelle dans la langue du pays, sont appelés, dans certains cas, à recueillir la succession du *de cujus*. Les enfants nés hors mariage sont préférés aux collatéraux pour l'héritage de leur père. Les parents ne sont appelés à recueillir la succession que jusqu'au sixième degré, tant à cause du morcellement des terres qu'à cause de la difficulté d'établir d'une manière sérieuse la généalogie des prétendants, car l'état civil, de création récente, est loin d'avoir donné encore tous les résultats désirables. La loi annamite ne considérait la famille que du côté du père quand il s'agissait de déterminer le choix des héritiers, le projet de Code appelle à la succession les parents de la ligne maternelle, à défaut d'héritiers dans l'autre ligne.

Tout en admettant l'égalité la plus absolue entre les héritiers, la loi annamite a fait une exception dont le rapport de M. Lasserre tient compte. L'aîné des enfants mâles de droite lignée et, à défaut, de commune lignée, reçoit par préciput et hors part la jouissance d'une sorte de majorat, le *huong-ha* ou le *tuyet-tu*, qui se perpétue jusqu'à extinction de la descendance mâle et qui est uniquement consacré à l'entretien du culte de la famille. Le projet consacre cette coutume ; c'est une de ces institutions pieuses que l'on doit respecter, parce que l'on ne saurait les détruire sans porter une atteinte profonde à la liberté de conscience qui est la première et la plus indispensable des libertés d'un peuple[1]. Toutefois des limites sont posées à cette donation et le huong-ha ne doit pas dépasser une portion d'enfant, ni être, dans aucun cas, supérieur à 30 maus en biens-fonds ou à 300 ligatures en espèces [2].

Le projet introduit dans la législation des principes déjà admis par la jurisprudence des tribunaux français sur l'acceptation bénéficiaire et sur la renonciation à la succession du *de cujus*. Il adopte les coutumes sur les successions en déshérence ; il charge le village de leur administration, celui-ci touche les revenus à

[1] Lasserre, *Projet de Code civil*, p. 26.

[2] Le mau égale 48 ares 94 centiares ; la ligature vaut environ 80 centimes.

Digitized by Google

condition de payer l'impôt. Il permet aux familles de laisser la succession indivise pendant le temps du deuil et même au delà, mais il ne les y oblige pas; il défend le partage des biens de l'ascendant décédé pendant la vie du conjoint survivant, pour que celui-ci ne soit pas gêné dans son droit d'usufruit par des opérations de partage et par les contestations passionnées qui en sont souvent la conséquence. Dans le but de sauvegarder la fortune des absents, des mineurs et des interdits, le projet charge le chef de canton d'assister au partage.

Telles sont les principales règles de ce projet sur le sujet si vaste et si important des successions. C'est en rassemblant les textes épars de la loi du pays, complétée le plus souvent de la manière la plus heureuse par le sens populaire, qu'il a été possible d'en extraire les principes auxquels doivent se rattacher, dans une législation bien ordonnée, toutes les dispositions qu'il faut prendre pour permettre au magistrat de juger plus facilement cette variété infinie d'espèces, que font éclore tous les jours mille circonstances imprévues ou la malice inépuisable des plaideurs.

Les Annamites ne pourront s'empêcher de reconnaître que, tout en maintenant les institutions qui leur sont chères, le projet offre encore des moyens puissants, que ne leur donne pas leur Code, de discerner et de sauvegarder les droits de tous les intéressés.

Sur les donations entre-vifs et les testaments. — Le Code de Gia-Long renfermait peu de prescriptions sur les dispositions à titre gratuit qui, dans les lois des peuples civilisés, ont tant exercé la sagacité des législateurs. On pourrait s'étonner du silence gardé par les rédacteurs du Code annamite sur un sujet aussi important si l'on ne découvrait la raison cette réserve dans les mœurs de l'extrême Orient. M. Lasserre rappelle avec raison qu'à l'origine, dans la famille annamite, il existait entre tous les membres une communauté de biens dont les père et mère n'avaient en quelque sorte que l'administration légale. Les enfants ne pouvaient rien posséder en propre et le produit de leur travail et de leur industrie ne servait qu'à enrichir la communauté. Etant donnée cette situation, continue M. Lasserre, que devait faire le législateur? Son rôle devait évidemment se borner à défendre les biens qui étaient la propriété de tous contre les

Digitized by Google

convoitises individuelles et à prescrire aux ascendants d'en opérer le partage avec équité entre tous leurs ayant-droit. Les coutumes sont d'accord avec le texte légal. Si nous pénétrons dans la famille annamite, au moment où le père voit le terme de sa vie approcher (il s'est préparé à ce redoutable passage et a préparé depuis longtemps son cercueil et les cérémonies de l'inhumation, car dans cette race on vit dans une grande familiarité avec la mort), il s'occupe de régler le sort de ceux qui doivent, après son décès, le représenter. Il a appelé auprès de lui sa femme, ses enfants et ses petits-enfants; il a fait avec eux l'inventaire exact de tous ses biens et de toutes les valeurs de la famille; puis, en tenant compte des préférences des uns et des convenances des autres, qu'il connaît mieux que personne, il en fait entre eux une juste répartition. Lorsque chacun a accepté la part qui lui revient, on fait venir les notables et on rédige l'acte qui constate cet accord, et tous les membres de la famille y apposent leur signature à côté de celles du testateur et des notables. Cet acte est le testament de l'Annamite et la jurisprudence déclare nuls les testaments qui ne sont pas certifiés par les notables du lieu où réside le testateur et qui ne sont pas revêtus du cachet du village.

Le projet de M. Lasserre s'occupe d'abord d'établir quelques règles générales sur la nature des dispositions à titre gratuit, puis il fixe la capacité et les droits du disposant; enfin il détermine la forme des actes qui doivent constater la volonté de celui qui dispose et prescrit les mesures nécessaires pour en assurer l'exécution. La donation entre-vifs et les testaments reconnus par la législation indigène sont maintenus; les substitutions sont prohibées, sauf dans les cas prévus par le Code métropolitain et dans le cas de biens destinés, à titre de *huong-hoa*, pour l'entretien du culte des ancêtres ou la subsistance de parents pauvres. Mais, dans aucun cas, leur somme totale ne pourra excéder le quart des biens, dont la loi française elle-même concède aux parents la libre disposition. Le projet laisse à la famille la faculté qu'elle a toujours eue de restreindre ou d'abolir, quand elle le juge convenable, des fondations qui n'intéressent que les membres qui en font partie.

Digitized by Google

Le Code métropolitain n'admet pas les testaments conjonctifs; mais comme ceux-ci, malgré leurs inconvénients, sont presque les seuls qui existent en Cochinchine, le projet de législation franco-annamite les reconnaît quand ils sont faits par les époux ou par les père et mère au profit de leurs enfants. Souvent les parents annamites font, de leur vivant, le partage de leurs biens entre leurs enfants. Ce partage peut avoir lieu par donation ou par testament; mais quelle que soit la forme employée, il est toujours révocable. C'est, sur un point, une modification à la loi métropolitaine, rendue nécessaire par la nature de la puissance paternelle chez nos sujets : elle ne cesse en effet qu'au décès des ascendants au lieu de prendre fin à la majorité des enfants. Pour sauvegarder les intérêts des tiers, le projet, considérant l'instabilité du partage, a fait défense aux notables d'inscrire sur le *dia-bo,* ou livre des propriétés (*dia* terre, *bo* classification), les enfants comme propriétaires de leur lot avant le décès du disposant, et l'acte de partage ne peut être reçu à la transcription avant la même époque. Les partages peuvent être attaqués en rescision quand un enfant est lésé de plus d'un quart, mais comme la coutume ne permet pas aux descendants de se plaindre en justice des dispositions prises par leurs ascendants, le projet de Code annamite, par une fiction légale, fait engager l'action en rescision par un parent plus âgé que le disposant, par un tuteur *ad hoc* ou par le chef de la parenté.

Le projet trace les règles de la donation. L'acte peut être écrit par l'une des parties ou par un lettré de son choix, mais il doit être dressé en double original, certifié par les notables, revêtu du sceau du village et joue le même rôle que la minute en droit français.

Des obligations en général et de certains contrats en particulier. — La législation indigène est incomplète sur ce point; pour faire disparaître les lacunes le projet introduit les dispositions de notre Code civil. La jurisprudence a du reste devancé le projet dans cette voie et, depuis longtemps déjà, la plupart des règles qui régissent en droit français les obligations en général et certains contrats en particulier sont suivies par tous les tribunaux de la colonie pour le jugement des affaires indigènes. Le décret

Digitized by Google

du 25 juillet 1864 les impose d'ailleurs aux Annamites quand ils contractent avec les Européens, et il n'y a aucun motif sérieux pour ne pas les leur appliquer dans les rapports qu'ils peuvent avoir avec eux, car les principes dont ces dispositions ne sont que la conséquence rigoureuse sont les mêmes dans les deux législations.

En droit annamite, comme en droit français, les conventions doivent être, en effet, l'expression du libre consentement des parties et chacune d'elles doit exécuter fidèlement ce à quoi elle s'est engagée ; enfin la liberté des stipulations n'y a d'autres limites que celles qui sont reconnues indispensables pour le maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs.

De la preuve des obligations et de celle du paiement. — Le Code annamite a attribué à la preuve écrite une autorité beaucoup plus grande qu'à la preuve orale, mais il ne l'a pas rendue obligatoire. La coutume a complété l'œuvre du législateur et aujourd'hui les contrats d'une certaine importance doivent être rédigés par écrit. Un arrêté de l'amiral de la Grandière (28 janvier 1865) a obligé les indigènes a passer par écrit toutes les transactions d'une valeur de mille francs et au-dessus, et à faire enregistrer les actes. D'autres arrêtés (1er janvier 1865, 8 mai 1868) ont assujetti aux mêmes formalités, quelle que soit leur valeur, toutes les ventes ou cessions de barques et de buffles, pour prévenir les vols dont les propriétaires étaient souvent victimes ; enfin, un arrêté du 6 avril 1871 dispose que les actes de toute nature, ayant pour objet l'aliénation de droits immobiliers, doivent être certifiés par les notables du village où sont situés les biens ; il ordonne en outre qu'ils seront enregistrés et transcrits au bureau de l'inspection.

Du titre authentique. — Le projet considère comme authentique l'acte qui, bien que rédigé par les parties on par leurs soins, est certifié par les notables des villages dans les formes traditionnelles.

La certification faite par les notables résulte de l'apposition de leur signature et du cachet du village au bas de l'acte. L'accomplissement de cette formalité exige le concours du *thû-bô*, du *huong-thàn*, du *huong-hào* et du *thôn-truong* [1]. Le thû-bô, dépo-

[1] Notables du village annamite.

Digitized by Google

sitaire du *dia-bô* (cahier de la description des champs), le produi pour que le huong-thân et le huong-hào puissent y vérifier le énonciations du vendeur relatives à la question de propriété, et après cet examen, ils certifient, s'il y a lieu, l'acte d'aliénation avec le thôn-truong, qui y appose le cachet du village. Les actes doivent être dressés en double original, l'un des originaux est remis à la partie intéressée et l'autre est conservé par le thôn-truong dans les archives du village, pour y avoir recours en cas de besoin. Le huong-thân et le huong-hào sont quelquefois suppléés par le *huong-su*, le *huong-chan*, le *huong-chu*, ou par d'autres grands notables.

De l'acte sous seing-privé. — Le projet prescrit de dresser autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées dans les actes comprenant des conventions synallagmatiques. Toutefois, l'omission de cette clause n'entraînera pas la nullité de l'acte; seulement, la partie à laquelle il sera opposé pourra toujours se prévaloir des articles qui y sont insérés à son profit. Elle pourra même obtenir que l'acte soit déposé dans un dépôt public ou entre les mains d'une tierce personne.

Les gens qui ne savent pas signer apposent, au bas de l'acte, leur *diêm-chi*, c'est-à-dire le ponctué des deux premières phalanges de l'index de la main gauche placé à côté de leur nom. Ce signe n'a pas plus de valeur que la croix des illettrés dans notre pays. Le projet n'admet la valeur du diêm-chi que s'il est certifié par les notables.

De la preuve testimoniale. — En raison de la différence de l'usage de l'écriture en quoc-ngu ou des caractères chinois chez nos régnicoles, le projet restreint la preuve testimoniale aux transactions de minime importance n'excédant pas trente piastres.

Du contrat de mariage. — Le législateur annamite n'a pas tracé de règle sur les conventions matrimoniales. Les époux sont libres de faire toutes les conventions conformes aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Les époux peuvent déclarer d'une manière générale qu'ils entendent se marier sous le régime de la communauté. Les conventions matrimoniales devront être rédigées avant le mariage par acte certifié par les notables. La communauté n'est pas tenue

Digitized by Google

des dettes contractées individuellement par chaque époux pendant le mariage. Les dettes contractées avant le mariage ne sont à la charge de la communauté qu'autant qu'elles auront une date certaine antérieure à la célébration de l'union. Le mari administre les biens de la communauté, mais il ne peut emprunter, aliéner, engager ou hypothéquer les biens communs sans le concours de sa femme. Aucun des époux ne peut disposer entre-vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté, sans le concours de son conjoint. La donation testamentaire faite par l'un des époux ne peut excéder sa part dans la communauté ni priver son conjoint de l'usufruit légal qu'il a sur tous ses biens après son décès.

De la vente. — Le projet de Code franco-annamite adopte les principes du droit civil métropolitain dont il ne s'écarte que pour déterminer les formes extérieures du contrat, afin de révéler son existence aux yeux de tous les intéressés et d'en fixer les conditions d'une manière positive. Il est de règle, chez les indigènes, que les ventes d'immeubles doivent se faire par écrit, selon les formes traditionnelles, devant les notables de la situation des biens. Ces derniers ont, en effet, seuls qualité pour certifier l'origine de la propriété et pour en opérer la mutation sur le *dia-bô*. L'inscription de l'acquéreur sur ce registre produit les mêmes effets que la transcription en droit français.

Plusieurs difficultés se sont présentées qui ont dû attirer l'attention du rédacteur du projet de Code civil destiné aux Annamites. D'après le décret du 25 mai 1881, un certain nombre d'indigènes ont été naturalisés Français; ils se trouvent soumis à la loi française, sans que rien vienne les signaler plus particulièrement à l'attention des tiers intéressés. Leurs femmes et leurs enfants sont régis par les lois civiles et politiques applicables aux Français de la colonie. Le statut de ces personnes est modifié, ainsi que les droits qui en découlent. Le même décret a spécifié que nos sujets pourraient, quand bon leur semblerait, contracter sous l'empire de la loi française. En thèse générale, ces prescriptions sont excellentes, car elles substituent le régime d'un Code européen aux prescriptions d'une législation asiatique. Mais, dans une foule de cas particuliers, des abus peuvent naître

Digitized by Google

de cette application de deux droits différents. Ainsi, des vendeurs de mauvaise foi traitent avec un premier acquéreur selon la loi française, et puis avec un second selon la loi annamite. L'un fait transcrire son titre et l'autre s'adresse aux notables de la situation des biens qui, ignorant la première vente, certifient de très bonne foi celle qui leur est soumise. Chacun fait exactement ce que sa propre loi lui commande de faire pour ne pas s'exposer à des revendications de la part des tiers, et cependant l'un d'eux se trouve fatalement évincé de son acquisition. Dans ces conditions, le projet propose une mesure transitoire à laquelle nous nous ralliions, c'est d'exiger de tout indigène, naturalisé ou non, l'obligation de faire enregistrer la vente par les notables de la situation de la propriété aliénée.

Les tombeaux élevés sur les propriétés, les biens destinés à leur entretien ou à des institutions de charité au profit des membres de la famille, tant qu'ils conservent leur affectation, sont placés hors du commerce. Mais il faut que cette disposition soit inscrite au *dia-bô* et transcrite à l'inspection.

Les ventes à réméré doivent être consenties sous la réserve de trente années de faculté de rachat.

Des privilèges et hypothèques. — L'hypothèque du droit français est inconnue dans la Basse-Cochinchine. On y supplée par l'engagement ou par le nantissement des biens ou par la vente à réméré, avec délai trentenaire. Cette transaction s'appelle le *câns-lai-thuc* ou *dièn-mai* ou simplement *dien*. Elle est certifiée par les notables. Le régime de l'hypothèque de la loi française, en usage chez la plupart des peuples européens, est certainement préférable, pour l'emprunteur, car elle lui laisse la possession de son bien et lui permet, en outre, sans nuire aux droits d'un premier prêteur, de l'engager à plusieurs autres, et d'utiliser ainsi toutes les ressources de son crédit. Les Annamites, malgré le décret du 25 juillet 1865, leur permettant de contracter sous l'empire de la loi française, sont gênés dans cette faculté par des arrêtés locaux des 2 septembre et 5 décembre 1865, qui ont limité au ressort des tribunaux français de Saïgon le régime hypothécaire aux seules propriétés des Européens. Beaucoup de difficultés s'élèvent de ce chef dans les relations des colons et des

Digitized by Google

indigènes ou des indigènes domiciliés dans les territoires soumis au régime français ou au régime annamite ; les tribunaux sont fort embarrassés pour connaître des points litigieux.

Le projet de Code franco-annamite, pour remédier à ces inconvénients, se borne à remettre en vigueur une coutume qui est encore en usage dans plusieurs arrondissements de la colonie, où l'on enregistre, dans une colonne spéciale du *dia-bô*, tous les actes qui peuvent modifier l'état de la propriété. Cet enregistrement n'est ni difficile ni encombrant : il consiste simplement à indiquer le nom du créancier, son domicile, la somme qui lui est due ou la nature de son droit, et la date de l'acte constitutif. Aucun acte, aucun jugement ou arrêt constitutif d'un droit réel ou translatif de propriété ne serait reçu au bureau de la transcription ou de la conservation, s'il ne portait la mention de cet enregistrement revêtue du cachet du village et de la signature des notables.

Il y a à remarquer, toutefois, que dans le ressort du tribunal de Saïgon, où sont fixés en très grande partie les Européens, et où les institutions annamites ont été remplacées par les institutions métropolitaines, on pourrait appliquer sans inconvénient toutes les dispositions de notre Code civil sur la propriété. Ce ressort est depuis longtemps considéré comme un ressort de droit commun, où le Code pénal, modifié à l'usage des Annamites, n'a pas été appliqué. Pour faciliter les rapports d'affaires entre les Européens et les indigènes du 20e arrondissement, il serait à désirer qu'ils fussent tous soumis, pour tout ce qui est étranger au statut personnel, à la même législation civile et commerciale.

Les dispositions précédentes, applicables à tous les habitants (sauf dans le ressort du 20e arrondissement), ne laissent subsister que l'hypotèque conventionnelle, à l'exclusion de l'hypothèque légale et de l'hypothèque judiciaire. Toutefois, la législation donnera le droit, au créancier qui aura obtenu une condamnation contre son débiteur, de prendre une hypothèque sur ses biens présents, à condition de se conformer aux dispositions de l'hypothèque conventionnelle, et de l'enregistrement de cette hypothèque au *dia-bô*.

Pour la protection des droits des mineurs, le projet dispose que

Digitized by Google

le conseil de famille déterminera, au moment de l'entrée en fonctions du tuteur, les immeubles de celui-ci qui seront affectés en garantie de sa gestion, et que cette affectation sera insérée au dia-bô.

L'intervention des notables dans les actes constitutifs d'hypothèque et la mention qui en est faite sur le registre terrier, n'est d'ailleurs qu'une formalité préléminaire et indispensable pour rendre pratique l'application du système hypothécaire à la propriété indigène ; mais elle ne dispensera pas de l'inscription au bureau de la conservation. On ne saurait, en effet, abandonner à des notables, dont la moralité n'est pas toujours à l'abri de tout reproche, le sort de tant de fortunes privées, sans contrôler d'une manière sérieuse les actes de leur ministère. Quand, pour arriver à la purge hypothécaire, l'acquéreur requerra l'état des inscriptions existantes sur l'immeuble dont il aura fait l'acquisition, le fonctionnaire chargé de ce service n'aura qu'à consulter les inscriptions de son registre et à les rapprocher des mentions portées au dia-bô, dont le double se trouve déposé chaque année entre ses mains, pour être certain de n'en omettre aucune [1].

Les inscriptions sont rayées par le conservateur, qui remet au requérant une attestation de la radiation ; les notables, sur la présentation de ce certificat, annulent également la mention relative à l'inscription rayée qui se trouve mentionnée sur le dia-bô.

Les modifications apportées par le projet au droit métropolitain se bornent, en somme, à donner à la publicité et à la spécialité de l'hypothèque, qui sont la base du régime hypothécaire, une extension plus grande qu'en droit français. Cette extension, si l'on tient réellement compte de la situation actuelle du pays où l'on ne connaît d'autre mode de garantie que la voie du nantissement et où n'existe pas encore de plan général des propriétés, contribuera puissamment au développement d'une institution qui sera fort appréciée des indigènes lorsqu'ils en connaîtront tous les avantages. Ils seront heureux de ne pas se dessaisir de leurs

[1] Les administrateurs ont été chargés, par les arrêtés du 28 janvier 1865 et du 6 avril 1871, d'opérer la transcription et l'enregistrement des actes entre indigènes. Dans le ressort du tribunal de première instance de Saïgon, ce soin incombe au conservateur des hypothèques.

Digitized by Google

propriétés, et les créanciers auront les mêmes garanties que par le passé.

Le projet maintient la législation française sur les privilèges; il apporte seulement quelques modifications aux formalités requises pour acquérir et conserver certains de ces privilèges. La principale est l'enregistrement de l'acte au dia-bô.

Le nouveau propriétaire qui voudra dégager son immeuble n'aura qu'à déposer au greffe du tribunal civil, conformément à l'article 27 du décret du 25 juillet 1864 : 1° une copie exacte de son titre dûment enregistré et transcrit; 2° un extrait du bô du village certifié par les notables; 3° un état des inscriptions délivré par le conservateur. Il fera en même temps, dans l'acte de dépôt, la déclaration qu'il est prêt à acquiter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix. Le greffier fera ensuite, sans sa participation, tous les actes nécessaires à l'obtention du résultat qu'il poursuit, et il n'aura pas, par conséquent, à s'occuper lui-même des formalités dont l'accomplissement peut exiger une certaine connaissance des affaires et de la loi.

De l'expropriation forcée et de l'ordre entre les créanciers. — Le Code annamite se montrait rigoureux envers les débiteurs insolvables. Il les punissait de la bastonnade; il permettait aux créanciers de les faire incarcérer et de poursuivre la vente de leurs biens sans qu'il fût besoin d'une mise en demeure préalable. Le projet de Code colonial, tout en respectant les droits des créanciers, se montre plus miséricordieux pour les débiteurs et introduit la législation métropolitaine légèrement modifiée. Déjà, un arrêté du 5 septembre 1882, n'autorise l'expropriation forcée des biens du biens du débiteur qu'après qu'il a été mis en demeure de remplir ses engagements et après un délai moral suffisant pour lui permettre de satisfaire à la sommation de son créancier. Enfin, la vente de ses biens ne peut s'opérer qu'après l'apposition de plusieurs affiches qui donnent à cette opération la publicité indispensable pour sauvegarder les droits de tous les intéressés.

De la prescription. — La loi annamite considère la prescription comme un moyen d'acquérir et de se libérer; mais elle ne

Digitized by Google

lui donne pas la même extension qu'en droit français, car elle ne l'applique que dans trois cas seulement. Elle défend d'attaquer un acte authentique de vente ou de partage remontant à plus de cinq ans ; elle décide qu'après trente ans, le nanti peut se considérer comme propriétaire de l'immeuble qui a été donné en nantissement, si, pendant ce laps de temps, le débiteur n'a point exercé sa faculté de rachat; enfin, elle déclare que, quel que soit le nombre d'années écoulées, la somme des intérêts dus ne pourra jamais excéder le capital, et libère, par suite, le débiteur de l'excédant de sa créance.

Ces dispositions sont insuffisantes pour arrêter le cours de toutes les revendications tardives qui se présentent si souvent devant nos tribunaux. Aussi le projet de Code franco-annamite reproduit-il les règles du Code métropolitain relatives à la prescription. Leur adoption empêchera l'ouverture de procès qui sont une menace perpétuelle pour la propriété foncière : l'agriculture, la principale richesse du pays, recevra un nouvel essor de l'adoption des sages mesures de notre Code civil.

Le projet rédigé par M. le vice-président de la Cour de Saïgon, se rapproche, autant que possible, du droit métropolitain. Son auteur, les yeux fixés sur notre Code, admirable monument de science judiciaire, tient compte des mœurs et des coutumes des Annamites. D'un côté, il repousse les innovations trop radicales, et, par suite, désastreuses; et, d'un autre côté, il introduit les réformes que peuvent accepter nos sujets. Nous recommandons ce travail, fruit d'études approfondies, de la connaissance parfaite de la législation annamite et du droit francais, à l'attention de nos pouvoirs publics; la promulgation de ce projet, faite en temps utile, sera un bienfait pour tous, colons et indigènes. La patrie des Cujas, des Michel de L'Hospital, des d'Aguesseau, des Portalis, se doit à elle-même la gloire de faire régner l'équité chez le peuple qu'elle a appelé à la civilisation.

BOÜINAIS et PAULUS.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL,
Spécialement destiné aux élèves des Facultés de droit,

Par M. Th. Aumaître, docteur en droit.

Compte rendu par M. Georges Lebret, agrégé à la Faculté de droit de Caen.

M. Aumaître a entrepris une tâche difficile, il s'est proposé de condenser en trois petits volumes correspondant aux trois examens de la licence en droit, les principes et les règles de notre droit civil. Le premier volume, seul paru jusqu'à ce jour, embrasse les matières du premier examen, c'est-à-dire les premier et deuxième livres du Code civil.

Cette première partie de l'ouvrage nous fait bien augurer des autres; sa qualité dominante est, en effet la netteté. L'auteur, sans perdre de vue l'économie générale du Code civil, n'a pas craint de rompre avec lui à l'occasion, et de substituer à ses divisions quelquefois arbitraires un ordre méthodique, où tout s'enchaîne; où chaque définition, chaque principe exactement mis à sa place se trouve en pleine lumière et ne perd rien de sa valeur. Cette qualité que je viens de signaler dans l'ordonnancement général des matières, on la retrouve encore, à propos de chacune d'elles, dans l'exposition des différentes règles de la loi, dans l'examen des distinctions que comporte leur application et dans la position des questions susceptibles de controverse. On comprend que les limites restreintes d'un traité élémentaire n'aient pas permis à l'auteur de présenter pour chaque question controversée tous les systèmes soutenus en doctrine ou en jurisprudence; il ne l'a fait que pour les plus importantes, et en quelques mots seulement; pour les autres, il a eu le soin de prévenir le lecteur de l'existence d'une difficulté par un signe spécial.

Tels sont les mérites par lesquels se recommande le livre de M. Aumaître; mais il faut ajouter qu'il a quelquefois les défauts de ses qualités. L'esprit d'ordre et de logique poussé à outrance peut aboutir à des classifications artificielles. Ainsi, après avoir rattaché la capacité générale à l'état des personnes, l'auteur examine les causes individuelles modifiant la capacité, âge, folie, faiblesse d'esprit, prodigalité, condamnations judiciaires, etc.;

Digitized by Google

mais à cette énumération, il ajoute l'absence. Or, il me semble difficile de considérer à proprement parler l'absent comme un incapable, et de le placer à côté du mineur et de l'interdit. Une observation du même genre se rattache aux condamnations judiciaires ; le Code civil s'en occupe à propos de la privation des droits civils. M. Aumaître les range parmi les causes modifiant la capacité ; *lato sensu*, cela est exact, mais n'est-il pas à craindre qu'il en résulte quelque trouble dans l'esprit d'un lecteur encore inexpérimenté? Le mineur, l'interdit ne sont privés que de l'exercice des droits, ils en ont la jouissance; pour la personne atteinte par certaines condamnations judiciaires, il faut au contraire faire une distinction; si à, certains égards, elle est dans une situation analogue à celle du mineur, il est des droits dont elle perd même la jouissance; elle est en un mot frappée à la fois d'une incapacité et d'une déchéance. J'ajouterai à titre de dernière observation que j'aurais souhaité, surtout dans les matières du second livre du Code civil, un peu plus de notions historiques.

Maintenant, quel sera le sort de ce livre? Nos étudiants peuvent y trouver un grand secours, mais à la condition de ne point le détourner du but que s'est proposé l'auteur, comme il les en avertit lui-même. Ce n'est point un livre d'étude. C'est un simple résumé, à l'aide duquel l'élève pourra, sans craindre de s'égarer et sous le contrôle d'une méthode rigoureuse, réunir et classer dans son esprit des notions éparses..... mais déjà apprises. Ce n'est qu'un guide — un excellent guide —; mais le meilleur guide du monde ne dispense pas de marcher soi-même.

GEORGES LEBRET.

DES RAPPORTS DU SACERDOCE AVEC L'AUTORITÉ CIVILE A TRAVERS LES AGES ET JUSQU'A NOS JOURS au point de vue légal [1],

Par M. HOROY.

Compte rendu par M. Georges LEBRET, agrégé à la Faculté de droit de Caen.

L'ouvrage publié par M. Horoy n'est pas seulement un livre d'histoire; c'est aussi, à certains égards, un livre d'actualité. Sans doute, il se recommande suffisamment au point de vue des études historiques, par l'intérêt qui s'attache aux rapports du sa-

[1] Tome premier.

Digitized by Google

cerdoce et de l'État, dans le passé et jusqu'à nos jours; mais, en même temps, une question depuis longtemps posée par certains hommes politiques, lui donne un intérêt plus vivant et plus actuel; je veux parler de la séparation des églises et de l'État. L'examen d'un problème aussi délicat, qui ne manquera pas de s'imposer quelque jour au Parlement, exige une connaissance sérieuse des solutions déjà proposées ou admises dans le passé, et une appréciation exacte des conséquences qu'une solution nouvelle, comme la séparation, entraînerait dans l'avenir. Tous ces éléments de décision, on les rencontre déjà, au moins en germe dans le premier volume du livre de M. Horoy; et, sans aucun doute, le second volume, réservé aux temps modernes, abordera de front la question, et nous fera connaître le sentiment, facile à pressentir, de l'auteur.

Le premier volume, seul paru jusqu'ici, embrasse les temps anciens, jusques et y compris la législation de Justinien; il se divise en deux grandes parties consacrées, l'une au monde ancien non classique, l'autre au monde ancien classique.

Ces deux parties sont précédées d'une longue préface, dans laquelle l'auteur s'attache à poser et à préciser les idées directrices de l'ouvrage, la méthode qu'il entend suivre, et les principales questions qui viendront, à chaque période nouvelle, solliciter son attention. Je ne m'attacherai qu'à une idée essentielle, qu'on retrouve à chaque page du livre, et qui demande d'autant plus à être dégagée, que l'auteur l'a enfermée dans une formule neuve comme elle, et peut-être peu explicite : c'est la distinction entre la *loi* et la *légalité* du sacerdoce. La légalité du sacerdoce désigne l'ensemble des dispositions positives, lois écrites, concordats, etc., qui règlent la nature et limitent la mesure des rapports d'un sacerdoce avec un Etat déterminé. Au contraire, par loi du sacerdoce, l'auteur entend, en dehors de toute légalité écrite, la situation du sacerdoce dans un État, et l'action réciproque de l'un sur l'autre résultant des dogmes, de la vie nationale et historique et des traditions de race. Cette distinction une fois admise, il faut à propos de chaque époque et de chaque peuple, en étudier les deux termes, et rechercher quels rapports du sacerdoce et de l'État sont régis par une légalité positive, quels rapports obéissent à la loi du sacerdoce.

Digitized by Google

Je ne suivrai pas l'auteur dans sa savante excursion à travers le monde ancien non classique, dans lequel il fait rentrer les Chaldéens, les Egyptiens, les Iraniens, les Aryas de l'Inde, les Chinois, les Japonais, les Hébreux, les Arabes et les Germains. Le monde ancien classique, qui comprend les Grecs et les Romains me retiendra davantage.

En Grèce, après les périodes pélasgique et orphique, nous rencontrons l'hellénisme, à partir d'Homère et d'Hésiode ; ce sont eux, dit Hérodote, qui ont fondé, dans leurs vers, la théogonie des Grecs, ou l'hellénisme, qui ont donné des noms à tous les dieux, pélasgiques et étrangers, qui ont partagé entre eux l'invention des arts et distribué les honneurs, enfin, qui ont décrit leurs figures. Cette intervention de la poésie dans la religion grecque, et le fait que les prêtres de l'hellénisme n'ont pas formé une caste, ont préservé la Grèce de la théocratie. Comme le remarque fort bien l'auteur : « L'hellénisme n'a point la forte « base de la théocratie. Il n'a point d'écriture sacrée. Il recherche « dans les livres des poètes, dans les œuvres des artistes, dans les « discussions libres des philosophes, ses sources d'inspiration. Il « est la libre expansion, au point de vue religieux, du génie « grec, de l'état social grec, de la politique grecque, du droit « public et privé des Grecs. Aussi l'antagonisme n'existait pas, « ni, à vrai dire, la séparation ou la distinction. L'hellénisme « était mieux qu'une concordat ; il était un accord. »

A Rome, à partir de la période royale, le sacerdoce s'unit intimement à l'Etat et en fait partie. De même que le *pater familias* est prêtre dans la famille, de même, tout magistrat revêtu de l'*imperium* est apte à exercer certaines fonctions sacerdotales. En outre, le pontificat a sa place dans la hiérarchie des dignités publiques. Au surplus, toutes les institutions romaines se rattachent par quelque côté au sacerdoce ou à la religion. C'est le sacerdose qui consacre les dépouilles opimes ; la propriété du sol est chose sacrée ; la famille, l'Etat reposent sur le culte de Vesta ; les augures, les féciaux sont les agents de l'Etat. Le *fas* est une création de sacerdoce.

Avec Auguste cette situation se modifie. « La loi du sacerdoce « n'est lus cette loi qui saisissait la société tout entière dans ses

Digitized by Google

« relations privées, dans ses relations publiques, dans la constitu-
« tion de la famille et de la cité ...; cette loi devient une autorité
« qui gouverne le monde. La loi sacerdotale, c'est la volonté
« d'Auguste..... » Sous Auguste et ses successeurs « la légalité
« fut le pouvoir de changer, par un seul acte de la volonté impé-
« riale, toute la religion d'un bout à l'autre de l'empire. Mais la
« loi du sacerdoce, sa loi humanitaire, sa loi historique, sa loi
« providentielle, fut sans aucun doute, sa tendance manifeste,
« irrésistible, à l'universalité, et par suite, à l'unité. »

Cette tendance devait, avec Constantin, se réaliser non pas au profit du paganisme, mais au profit de la religion du Christ. En effet, le christianisme qui, longtemps persécuté, n'avait vécu dans un état de quasi-légalité, qu'en dissimulant ses fidèles sous le couvert d'associations funéraires, monte sur le trône avec Constantin. Et, dès lors, cette puissance de concentration et d'autorité organisée en vue du paganisme, va s'appliquer à la religion nouvelle de l'empereur et de l'Etat. Il est curieux de voir Constantin et ses successeurs régler par des constitutions impériales des questions de dogme et de discipline de la compétence exclusive des conciles, condamner des schismes ou des hérésies. Le Code théodosien et le Code de Justinien contiennent plus d'un exemple de pareilles décisions.

Après l'examen de ce droit nouveau, l'auteur aborde la question de la justice épiscopale. L'immunité ecclésiastique l'amène sur le terrain du droit canon, et même jusqu'à l'étude du conflit qui existe aujourd'hui entre la règle canonique et la plupart des législations civiles.

Tels sont les points principaux du livre de M. Horoy ; le second volume ne manquera pas de nous mettre en présence de questions plus actuelles et aussi plus brûlantes. Nous en appelons de tous nos vœux la publication. GEORGES LEBRET.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CRIMINELLE.

(1883-1884).

par M. Desjardins, professeur à la Faculté de droit de Paris.

§ 1er. — Droit pénal.

1. C. p., art. 1. — Classification des faits punissables; contraventions frappées de peines correctionnelles.

2. C. p., art. 382. — Vol; coups et violences.

3. C. p., art. 408. — Abus de confiance; distinction entre l'abus de dépôt et l'abus de mandat.

§ 2. — Instruction criminelle.

1. C. I. C., art. 2 et 3. — Extinction de l'action publique au cours du procès; influence de cette extinction sur la poursuite de l'action civile engagée devant le tribunal de répression.

2. C. I. C., art. 155. — Tribunal de police correctionnelle; lecture de dépositions écrites.

3. C. I. C., art. 637 et 638; loi du 29 juillet 1881, art. 68. — Interruption de la prescription par le pourvoi en cassation; suspension de la prescription pendant l'instance en cassation.

§ 1er. — DROIT PÉNAL.

1. C. p., art. 1. — Classification des faits punissables; contraventions frappées de peines correctionnelles.

Les rédacteurs du Code pénal ont classé les faits punissables d'après la nature des peines qu'ils y attachaient; ils ont dit dans l'art. 1er : « L'infraction que les lois punissent des peines de police est une *contravention*. — L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un *délit*. — L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un *crime*. »

Il y a un certain temps qu'à cette classification la jurisprudence en a substitué une autre; elle distingue, non plus trois, mais quatre espèces d'infractions, en établissant une nouvelle catégorie de faits qui portent le nom de *contraventions* et qui entraînent des peines correctionnelles. Ces faits devraient être rangés parmi les délits, si l'on s'en tenait au texte et à l'esprit de l'art. 1er; pour ceux qui sont atteints par le Code pénal lui-même, tout le

Digitized by Google

monde reconnaît qu'il faut décider ainsi ; la jurisprudence voit dans les lois spéciales qui en prévoient un certain nombre une dérogation à l'article et au principe qui s'y trouve posé. Il sera impossible de ne prendre point en considération à certains égards la nature de la peine ; elle entraînera nécessairement la compétence des tribunaux correctionnels. Mais, à d'autres égards, à beaucoup d'autres, il faudra considérer la nature des infractions, prises en elles-mêmes ; là est l'innovation reconnue ou créée par la jurisprudence ; ces infractions, par leur nature comme par le nom qui leur est généralement donné, se rapprochent des contraventions de simple police ; elles ne supposent pas l'intention criminelle ; il en est de même de la plupart des faits prévus par le livre IV du Code pénal ; dès lors, quand des principes différents sont applicables aux délits et aux contraventions de simple police, ce qui arrive souvent et sur des points importants, c'est comme les contraventions de simple police qu'il faudra traiter les infractions dont nous parlons.

C'est en matière de presse que cette jurisprudence s'est formée et développée, c'est sur la question si un article de loi admettant les circonstances atténuantes pour les délits devait s'entendre de faits qualifiés contraventions, frappés même à défaut d'intention coupable, mais punis correctionnellement.

Cette question fut d'abord résolue affirmativement par la Cour de cassation ; « Attendu, disait-elle le 2 mars 1850, que, s'il faut distinguer, notamment sous le rapport de la compétence, entre *les délits commis par la voie de la presse*, et les *infractions matérielles qui régissent la police* de l'imprimerie, de la librairie et de la publication des journaux ; — Attendu que, si les dernières infractions participent des simples contraventions, en ce que, pour les constituer, il n'est pas nécessairement besoin de rechercher l'intention coupable du contrevenant, et si, par suite, elles sont en dehors de la règle générale qui attribue au jury compétence pour les délits de la presse, on ne peut cependant les soustraire à la dénomination générale et légale de *délits*, lorsqu'elles sont justiciables des tribunaux correctionnels et passibles de peines correctionnelles. »

Dès l'année suivante, le 6 septembre 1851, la Cour de cassation décidait, au contraire, « qu'à la vérité l'art. 8 du décret du

Digitized by Google

11 août 1848 déclare, en termes généraux, l'art. 463, C. pén., applicable aux délits de la presse, mais que cette disposition, entendue d'après son texte et d'après l'objet de la loi dont elle fait partie, ne concerne point les contraventions de la presse. Dans l'espèce, la contravention consistait à insérer dans un journal un article de discussion politique, philosophique ou religieuse, non signé par l'auteur, contravention punie d'une amende de 500 fr. (loi du 16 juillet 1850, art. 3).

Dans cette voie, la Cour de cassation avait été précédée par une Cour d'appel, celle de Riom [1]; la plupart des autres Cours d'appel, bientôt des Cours impériales, refusèrent longtemps de la suivre; leur résistance ramena souvent la question devant elle, mais elle maintint énergiquement sa solution; à l'autorité de la Chambre criminelle vient se joindre celle des Chambres réunies [2]; le temps était dur pour la presse. La rigueur du pouvoir finit par céder devant une opinion publique qui s'était modifiée elle-même, et qui, après avoir redouté les excès des journaux, apprenait à regretter leurs services. La loi du 11 mars 1868, art. 15, déclara l'art. 463 applicable aux crimes, délits et contraventions commis par la voie de la presse, et cette disposition fut reproduite par la législation postérieure, par celle qui est en vigueur aujourd'hui [3].

La théorie avait reçu une autre application, qui constituait, non plus une aggravation, mais un adoucissement; le système qui écartait les circonstances atténuantes écartait aussi la complicité; ces deux conséquences se trouvent réunies dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 janvier 1867 : « Il est de principe, y est-il dit, que la législation en matière de presse a modifié la définition générale de la contravention comprise dans l'art. 1 du même Code (C. pén.); qu'elle désigne sous ce nom l'infraction dont la répression, confiée aux tribunaux correctionnels, est punissable, à raison de sa seule existence matérielle, sans pouvoir être excusée en considération de l'intention du contrevenant. » Dès lors les juges du fait avaient doublement tort, en appliquant, d'une part, l'art. 463, de l'autre,

[1] 6 fév. 1850, D. P. 1852. 2. 73.
[2] 22 déc. 1859.
[3] Loi du 29 juillet 1881, art. 64.

Digitized by Google

les art. 59 et 60, C. p., qui « ne s'appliquent qu'aux complices d'une action qualifiée crime ou délit. »

Au contraire, la Cour de cassation avait reculé devant une autre conséquence ; peut-être fallait-il en faire honneur à sa modération plus qu'à sa logique ; la Cour de Bordeaux ayant prononcé cumulativement plusieurs peines pour plusieurs contraventions punies correctionnellement, son arrêt fut cassé : « Attendu qu'il est de principe, aux termes de la disposition invoquée (art. 365-2°, C. I. C.), que, en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte doit seule être prononcée ; — Attendu que l'application de ce principe doit s'étendre à toutes les infractions atteintes des peines criminelles ou correctionnelles qui n'ont pas été explicitement ou implicitement exceptées, soit par les dispositions particulières du Code pénal ou des lois postérieures à sa promulgation, soit par le caractère de réparations civiles attaché aux amendes en matière fiscale[1]. »

Mais la théorie dépassait le domaine de la presse ; elle n'aurait pu s'y confiner sans se compromettre par un caractère trop exclusivement politique ; il fallait l'étendre. C'est ce qui se fit : « Il n'est pas vrai, disait en 1861 M. Blanche[2], que tous les faits que ces lois (spéciales) punissent de peines correctionnelles puissent être considérées comme des délits : il y en a qui, soit à raison de leur nature intrinsèque, soit à raison de la volonté de la loi spéciale qui les régit, ne devront être considérés que comme des contraventions... »

Dès 1846, le 11 septembre, la Cour de cassation, « sur le moyen pris de ce que le sieur... aurait été condamné en l'amende prononcée par l'arrêté du 27 prairial an IX, comme ayant participé volontairement à une contravention (postale), commise par deux autres individus... » contravention entraînant, une amende de 300 francs, annulait l'arrêt attaqué : « Attendu que le fait de la prévention ne constituait qu'une contravention

[1] 13 juillet 1860. L'inconséquence fut vivement relevée par un magistrat distingué, M. Vente (*Revue critique*, 1861, t. XIX, p. 102, et 1865, t. XXVI, *Etude sur le cumul des peines applicables aux contraventions de presse.* — Cf. P. 1867. 1. 81, note 1 et 2.

[2] 1re Etude, p. 3, n. 4.

Digitized by Google

aux règlements concernant le service des postes ; qu'il ne rentre donc pas dans les dispositions des articles précités qui régissent la complicité. » Mais cette décision, brièvement motivée, on le voit, n'avait pas suffi pour constituer une théorie, jusqu'au jour où la presse fut en question.

Les Cours d'appel, qui résistaient souvent à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de presse, n'y cédèrent pas toutes non plus à propos des autres matières spéciales. La Cour de Toulouse, le 26 juillet 1862[1], à propos de la contravention à la loi du 15 juillet en 1845 et à l'ordonnance du 15 novembre 1846, qui consiste à monter en chemin de fer sans billet, contravention punie d'une amende de 16 à 3,000 francs, disait : « Attendu que l'art. 59, C. p., punit le complice d'un crime ou d'un délit de la même peine que l'auteur principal; que le fait incriminé constituerait, à la vérité, dans le langage de la loi, une contravention; mais que, s'il est une contravention dans la dénomination qu'il porte, il est un délit dans les caractères qui le constituent; que toute contravention à laquelle est attachée une amende de plus de 15 francs est effectivement un délit; que les seules contraventions exclusives de la complicité, à raison de leur peu de gravité qui permettrait cette dérogation au droit commun, sont celles que la loi punit des peines de simple police; que, dans l'intention de la loi, l'amende de plus de 15 francs étant une peine correctionnelle, le fait auquel elle est infligée entre aussi dans la catégorie des délits : qu'ainsi il est passible de la même prescription, et que, dès lors, l'art. 59 précité est applicable à ceux des prévenus qui ont été seulement assignés comme complices. »

En ce qui touche la complicité, M. Blanche proposait une distinction : « L'art. 59, disait-il[2], ne sera pas appliqué aux faits qui ne présentent que le caractère de la contravention, et qui ne diffèrent des contraventions de simple police que par l'élévation de la peine qui les réprime. En effet, la nature de la peine ne change pas celle du fait incriminé..... Au contraire, l'art. 59 sera applicable aux contraventions qui tiennent tout à la fois du délit

[1] D. P. 1865. 2. 84.

[2] 2e Etude, p. 140 et 141, n. 70.

Digitized by Google

et de la contravention, et spécialement à celles que la loi aura qualifiées délits. »

M. Bertauld, portant à la tribune de l'Assemblée nationale la doctrine qu'il avait soutenue dans ses écrits [1], eût voulu lier le législateur lui-même au moyen de la jurisprudence. Il combattit la proposition qui est devenue l'art. 2 [2] de la loi du 29 décembre 1875, qui appliquait les art. 59 et 60, C. p., à propos d'une contravention punie d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de vingt-cinq francs à cinq cents francs, en disant : « L'art. 2 vous propose d'introduire la responsabilité pénale du complice en matière de contravention. Or, d'après l'art. 59 de notre Code pénal, qui est l'expression du droit commun, la complicité n'est admise qu'en matière de crimes et délits; elle est écartée en matière de contraventions. Et ne croyez pas, messieurs, que cette disposition de l'art. 59 soit une disposition arbitraire. Non, elle est absolument conforme aux principes, à la logique du droit ; elle s'impose, non seulement par son autorité légale, mais par son autorité de raison..... Jamais criminaliste, jamais jurisconsulte n'a admis l'application de l'art. 59., C. p., à la complicité d'une simple contravention. »

La Cour de Caen [3] s'appropria la doctrine qu'avait enseignée M. Bertauld en refusant d'admettre la complicité à propos d'une fausse déclaration de valeurs contenues dans un paquet remis à une compagnie de chemin de fer, fait puni dès la première fois d'une amende de 16 à 3,000 fr. [4].

Que les contraventions de simple police n'admettent pas la complicité, à moins d'un texte formel, c'est ce qui n'est douteux pour personne ; mais cette décision peut s'expliquer de deux manières différentes ; tantôt on dit, comme M. Bertauld, dans son livre : « Le fait principal a paru avoir trop peu d'importance

[1] *Cours de Code pénal*, 4e Ed., p. 500.

[2] « Quiconque se sera rendu complice par l'un des moyens énoncés en l'art. 60, C. p., des infractions prévues par l'art. 6 de la loi du 27 juillet 1849, sera puni des peines portées en cet article. » Il s'agissait du colportage sans autorisation.

[3] 9 mai 1877. D. P. 1879. 2. 41.

[4] Loi du 15 avril 1845, art. 21 ; ordonnance du 15 nov. 1846, art. 79 ; arrêté du ministre des travaux publics du 8 avril 1862.

Digitized by Google

pour que la société sévît contre les faits accessoires ; » tantôt, comme cet éminent jurisconsulte, dans la discussion de l'Assemblée nationale, on argumente de ce qu'« il est de l'essence d'une contravention d'être punie uniquement comme fait matériel..... Je vous demande comment le complice pourra se rattacher à une intention qui n'existe pas et dont le juge n'a pas à constater la présence ? La contravention ne comporte pas l'association d'intention, parce que l'absence d'intention chez l'agent principal est absolument indifférente. » La première raison doit évidemment être mise de côté, quand il s'agit de faits frappés de peines correctionnelles. A la seconde, M. Dufaure répondit en montrant que l'article proposé frapperait « ceux qui veulent répandre dans la société des écrits qu'ils ne sont pas autorisés à répandre, ceux qui salarient des malheureux qui ne connaissent pas l'importance du délit qu'ils commettent pour le leur faire commettre... Je ne comprendrais pas que... vous puissiez refuser d'ajouter à leur complicité morale qui est évidente, une complicité pénale qui fera une juste part de répression entre l'auteur principal de la contravention et son malheureux instrument... Oui, il peut être utile et juste de considérer l'intention chez le complice, alors même qu'on ne le considère pas dans l'auteur principal [1].»

Quant à la question si l'art. 365-2°, C. I. C., est applicable aux infractions dont nous nous occupons, elle a été résolue très diversement. « L'application de l'art. 365 a été réservée aux contraventions correctionnelles (Cass., 27 déc. 1862), dit M. Faustin-Hélie [2], à moins que ces contraventions ne soient prévues par des lois antérieures (Cass., 21 nov. 1864, 3 mai 1866). Telle était la doctrine qu'adoptait la Cour d'Angers, le 27 août 1866 [3], mais celle de Chambéry la repoussait, le 5 janvier 1871 : « Attendu que le principe du non-cumul des peines, édicté par l'art. 365, C. I. C., n'est pas applicable aux infractions matérielles prévues par les lois spéciales.... [4] » La Cour de cassation ne l'admettait

[1] V. sur ce point le rapport de M. du Bodan, sous l'arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 1867 (D. P. 1867. 1. 234).

[2] *Pratique criminelle*, t. 2, p. 585, n. 976.

[3] D. P. 66. 2. 180.

[4] D. P. 71. 942.

Digitized by Google

pas en matière de contraventio s à la police des chemins de fer, le 27 janvier 1883, mais par des raisons spéciales, tirées de la loi du 15 juillet 1845.

Une nouvelle question, sur l'application de la théorie générale, s'est posée récemment devant la Cour de cassation, le 14 avril 1883; la Cour avait à décider s'il était possible de poursuivre en France une infraction commise à l'étranger, punie correctionnellement, mais « présentant plutôt les caractères d'une infraction matérielle que d'un véritable délit. » La réponse a été affirmative : « Attendu que, rendant justiciables des tribunaux français, dans les conditions qu'il détermine, les délits commis à l'étranger, l'art. 5, C. I. C., tel qu'il a été modifié par la loi du 27 juin 1866, n'établit aucune distinction entre les infractions de cette catégorie qui peuvent ne résulter que d'un acte matériel et celles qui, suivant le droit commun, impliquent en même temps un élément intentionnel; — Qu'aux termes de l'art. 1, C. p., la qualification de délit appartient à tout fait punissable de peines correctionnelles, et qu'il appert des travaux préparatoires de la loi du 27 juin 1866, que le législateur n'a entendu apporter à cette définition aucune restriction en ce qui concerne la compétence des tribunaux correctionnels pour statuer sur les délits commis à l'étranger..... »

La jurisprudence, quelque peu confuse et contradictoire, dont nous avons indiqué les principales applications, met les juges dans l'embarras et les justiciables dans l'incertitude. S'impose-t-elle d'une manière assez certaine pour que l'on se croie forcé de la suivre malgré ce double inconvénient? Nous ne le croyons pas; il nous semble, au contraire, que l'interprétation la plus claire et la plus commode de la loi est aussi la plus vraie.

Le texte de l'art 1, C. p., est à la fois si général et si net, qu'il ne paraît même pas avoir besoin d'interprétation ; une dérogation expresse serait nécessaire pour qu'il fût permis de s'en écarter : « On sera peut-être tenté, dit M. Blanche, de me répondre que je dénature la disposition que j'étudie (l'art. 1) pour la plier à mon opinion, et que je manque aux principes les plus élémentaires de l'interprétation en renfermant dans les limites du Code pénal une définition qui, par les termes qu'elle emploie,

Digitized by Google

annonce qu'elle s'applique à toutes les lois. L'objection ne m'arrêtera pas. Sans doute, cet article aurait pu être plus correctement rédigé; mais *il n'est pas moins certain que, dans la pensée de ceux qui l'écrivaient, il ne s'appliquait qu'aux infractions que le Code pénal allait défendre et punir.* » Et un peu plus loin : « Quant aux faits punis de peines correctionnelle, il faudra distinguer entre ceux qui appartiendront au Code pénal et ceux qui lui seront étrangers. Les premiers seront infailliblement des délits. Quant aux seconds, il faudrait en étudier la nature intrinsèque et rechercher la volonté de la loi spéciale qui les réprime, pour savoir s'ils constituent des délits ou s'ils ne sont que des contraventions [1]. »

Trouve-t-on, soit au Code pénal, soit dans les travaux préparatoires, une seule indication qui permette d'affirmer en de tels termes que le législateur avait l'étrange idée de faire des définitions pour le seul Code pénal ? Nous ne le croyons pas. L'art. 1, qui eût paru très correctement rédigé s'il n'eût contrarié un parti pris, révèle une intention toute différente. Cette intention est bien celle qu'exprime M. Treilhard : « *Désormais* le mot *crime* désignera les attentats contre la société qui doivent occuper les Cours criminelles. Le mot *délit* sera affecté aux désordres moins graves qui sont du ressort de la police correctionnelle. Enfin le mot *contravention* s'appliquera aux fautes contre la simple police [2]. » Nulle distinction entre le Code et les lois spéciales.

On a aussi proposé de limiter à la compétence l'effet de la classification contenue dans l'art. 1. C'est cet effet que signalait M. Treilhard. Mais il aurait été singulier que le Code pénal débutât par un article étranger aux matières dont il allait traiter, et trompât le public en lui donnant des définitions générales en vue d'un objet particulier qui n'était même pas exprimé.

C'est une autre explication qu'a donnée en général la Cour de cassation : « Attendu que le Code pénal comprend, par son art. 1, sous la dénomination de *délits* les infractions que les lois punissent de peines correctionnelles, mais *que cette définition générale se trouve modifiée par la législation spéciale en matière*

[1] *L. cit.*, p. 6 et 7, n. 6.

[2] Locré, t. XXIX, p. 202. *Exposé des motifs*, n. 9.

Digitized by Google

de presse, » dit l'arrêt des Chambres réunies du 22 décembre 1859. Ce n'est plus le texte du Code pénal qu'on remanie, on le prétend abrogé par telle ou telle loi spéciale, mais la preuve de cette abrogation n'est pas faite, et nous croyons qu'il est impossible de la faire. C'est donner abusivement aux mots *contrevenir, contravention,* une importance, un sens qu'ils n'avaient pas dans la pensée du législateur. Une telle pensée valait la peine d'être énoncée clairement; le seul emploi des mots que nous venons de citer n'en remplace pas suffisamment l'expression.

Nous avons à dessein laissé de côté une idée importante, que la jurisprudence a souvent rattachée à son principe comme une conséquence, mais à tort, croyons-nous. Il y a des faits qui sont frappés de peines correctionnelles, et que le législateur punit, alors même qu'ils ont été commis sans intention. Pour reconnaître que l'intention n'est pas à considérer quand il s'agit de condamner une personne comme auteur de l'un de ces faits, est-il nécessaire de déclarer l'art. 1 du Code pénal modifié implicitement par la législation spéciale qui les a prévus? Nullement Il suffit de dire comme la Cour de Nîmes [1] : « Attendu que le fait imputé (de ne pas présenter ses chevaux à la commission de recensement) constitue une infraction à une loi de police et d'administration (loi du 3 juillet 1877, art. 52); que, bien qu'il soit passible d'une amende supérieure à 15 fr. et justiciable d'une autre juridiction que celle de la simple police, il n'en a pas moins le caractère d'une contravention; — Attendu que, en matière de contravention, la criminalité de l'intention n'est pas nécessaire pour entraîner l'application de la loi pénale; qu'il suffit que le fait soit matériellement constaté, que le texte de la loi ne laisse aucun doute à cet égard... » Le défaut d'intention n'empêche pas qu'un fait ne soit puni de peines correctionnelles et traité à tous égards comme un délit. N'est-ce pas ce que l'on admet en général, quand il s'agit d'un fait prévu au Code pénal? « Attendu, disait tout récemment [2] la Cour de Poitiers, que l'infraction prévue par l'art. 358, C. p., est une contravention matérielle, qui ne peut être excusée par la bonne foi du

[1] *Journal du droit criminel,* 1884, art, 11142, p. 122.
[2] 30 mai 1884. D. P. 1884. 2. 194.

Digitized by Google

prévenu ou par la nécessité pressante de donner la sépulture à une personne décédée depuis plusieurs jours. »

2. C. p., art. 382. — Vol; coups et violences.

L'art. 382, C. p., punit des travaux forcés à temps « tout individu coupable de vol commis à l'aide de violence. »

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 2 août 1883, décidé que cet article ne s'appliquait pas à un homme qui n'avait porté des coups et fait des blessures « qu'après avoir commis le vol et au moment où il sortait de la maison dans laquelle il venait de le commettre, en emportant la chose volée ; » qui s'était « livré à ces violences pour faciliter sa fuite. »

La Cour justifie ainsi sa décision : « Attendu qu'à ce moment le vol était consommé; que la fuite du voleur n'est pas un acte d'exécution du vol et qu'un délit ne peut s'aggraver au moyen de circonstances postérieures à cette exécution. »

Cet arrêt, on l'a déjà remarqué [1], est en contradiction avec un autre arrêt, bien ancien, il est vrai, rendu par la Cour de cassation, le 18 décembre 1812. Dans l'espèce soumise alors à la Cour, il était question d'une tentative de vol; les auteurs, surpris par l'arrivée du propriétaire, avaient pris la fuite et l'un d'eux avait frappé celui-ci de son stylet : « Ce fait de violence, disait l'arrêt, se rattachait nécessairement à ladite tentative dont il était la suite, et à laquelle il était, pour ainsi dire, adhérent; les coupables étaient encore en état de tentative de vol, lorsqu'ils ont pris la fuite... »

L'arrêt de 1812 avait reçu l'approbation de M. Legraverend et celle de M. Blanche : « Un vol, disait le premier [2], ne peut être exécuté qu'en parvenant au lieu où est la chose qu'on veut voler et en s'en éloignant pour consommer et cacher son vol. La retraite ou la fuite des voleurs est donc une circonstance élémentaire et nécessaire du vol, et l'usage d'armes dans la fuite, pour favoriser et assurer cette fuite, est donc une violence dans le vol ou la tentative de vol. » M. Blanche, de son côté, déclare n'avoir aucun doute : « En effet, le vol ne consiste pas dans le

[1] D. P. 1884. 1. 430, note 1.

[2] *Législation criminelle*, t. II, p. 129.

Digitized by Google

fait unique de l'appréhension de la chose, il se continue dans l'enlèvement de l'objet appréhendé. Au point de vue qui nous occupe, le vol ne me paraît définitivement consommé que lorsque le voleur n'a plus à défendre la chose dérobée [1]. »

L'opinion contraire fut défendue par MM. Chauveau et Faustin-Hélie. D'après eux, « l'art. 382 punit de la peine des travaux forcés à temps *le vol commis à l'aide de violence*. La violence n'est donc une circonstance aggravante de ce vol que lorsqu'elle aide et facilite son exécution. Or, d'après les principes du droit et suivant même la jurisprudence de la Cour de cassation, *le vol est consommé du moment que la chose volée a été appréhendée par le voleur* (Cass., 14 déc. 1839) et la tentative du vol est consommée du moment que l'exécution a été interrompue par une circonstance indépendante de la volonté de cet agent. Les actes postérieurs à cette exécution et à cette interruption ne sont donc plus des actes d'exécution du vol ; ce n'est donc pas à l'aide de ces actes que le délit a été commis ; ils ne peuvent donc servir à le caractériser... La violence a été commise pour assurer la fuite, non pour exécuter le vol, pour protéger la sûreté du voleur, non pour accomplir une action parfaitement complète, pour garantir, si l'on veut, les bénéfices du délit, non pour concourir au fait qui a procuré ces bénéfices [2]. »

Il est impossible de contredire l'arrêt du 2 août 1883, se fondant sur ce que « la fuite du voleur n'est pas un acte d'exécution du vol, » et sur ce que « un délit ne peut s'aggraver au moyen de circonstances postérieures à cette exécution. »

Mais le voleur avait frappé « au moment où il sortait de la maison, ... en emportant la chose volée... » Est-il certain que, à ce moment, l'exécution du vol fût terminée ? Il faut compléter la citation faite par M. Faustin-Hélie de l'arrêt de 1839 : « Le vol est consommé, y est-il dit, du moment que la chose volée a été appréhendée par le voleur, *et est sortie de la possession du légitime propriétaire*. » Or on peut se demander si la chose est complètement sortie de la possession du légitime propriétaire, tant que le voleur qui l'a saisie et qui la tient est dans la maison

[1] 5e Etude, n. 516, p. 673.

[2] *Théorie du Code pénal*, 5e éd., t. V, p. 275. — Cf. D. A., vo *Vol.*, n. 602.

Digitized by Google

même où il l'est venue chercher. Il n'en est pas ici comme dans l'espèce de 1812, où les voleurs s'étaient enfuis après la tentative interrompue et abandonnée. Comment rattacher à cette tentative des coups donnés dans une fuite qui en impliquait précisément l'abandon? Ici l'objet a été pris, le voleur ne renonce nullement à en rester maître. S'il était déjà hors de la maison, emportant cet objet, le propriétaire aurait à reprendre sa chose; il semble qu'il ait seulement à la retenir, tant qu'elle se trouve encore chez lui. Le vol, délit instantané par sa nature, devient en un sens continu par les circonstances dans lesquelles il se commet; il faut un certain temps, une certaine suite d'actes pour que la soustraction soit définitivement accomplie. La violence ne vient-elle pas se placer au nombre de ces actes?

La question qui se pose en ces termes sur l'application du Code pénal rappelle une question qui divisait autrefois les jurisconsultes Romains. Ils n'étaient pas d'accord sur le sens des mots *furtum manifestum*. L'une des opinions enseignées consistait à soutenir que le voleur doit être regardé comme pris en flagrant délit quand il est saisi dans le plant d'oliviers où il a soustrait des olives, dans la maison où il a dérobé quelque objet. C'était l'opinion qui comptait le plus de partisans : « *Magis plerique posteriorem probant,* » dit Gaius [1].

3. C. p., art. 408. — Abus de confiance; distinction entre l'abus de dépôt et l'abus de mandat.

Un créancier reçoit de son débiteur un billet de banque d'une valeur supérieure à la somme due, par exemple un billet de 1,000 francs, la dette n'étant que de 300; il rend 200, comme si le billet n'était que de 500, et garde le surplus. La Cour de cassation, le 28 juin 1884, l'a regardé comme commettant un abus de confiance; ainsi en avaient décidé les juges du fond; mais quel était le contrat qui s'était tacitement formé entre les deux parties au moment où l'une d'elles avait remis le billet à l'autre? un contrat de dépôt, avait dit l'arrêt attaqué, un contrat de mandat, disait la Cour de cassation.

« Attendu que l'arrêt a considéré à tort que, dans ces circonstances, la remise du billet de banque à Pradal a eu lieu à titre de

[1] III, 184.

Digitized by Google

dépôt ; que, d'une part, le propriétaire n'a pas eu l'intention d'en conférer la garde à Pradal, et que, d'autre part, celui-ci n'était pas tenu de restituer le billet, que le fait ne présentait donc pas les éléments constitutifs du contrat de dépôt; — Mais, attendu que des faits relevés par l'arrêt il résulte que la fille Fromenti n'a remis le billet de banque à Pradal que pour un usage déterminé, celui de se payer la somme dont il était créancier, et à la charge de lui rendre la monnaie pour le surplus de sa créance ; — que c'est dans ce but et à cette condition que cette remise a été faite; — qu'elle impliquait le mandat donné à Pradal, le mandat de fournir en monnaie la valeur du billet sous déduction de ce qui lui était dû... »

En étudiant ici même[1] une espèce où la personne qui avait reçu une pièce de monnaie pour rendre la différence avait gardé la pièce et n'avait rien rendu, nous avons exprimé l'opinion qu'un contrat de dépôt se formait tacitement entre le débiteur et le créancier : « C'est en dépôt, disions-nous, que la pièce est remise au créancier tant que la monnaie n'est pas rendue par lui. » Nous persistons dans cette opinion.

Il ne saurait y avoir de dépôt, selon l'arrêt du 28 juin, pour deux raisons. En premier lieu, « le propriétaire n'a pas eu l'intention d'en conférer la garde (du billet) à Pradal; » cependant, jusqu'à la différence rendue, celui-ci n'avait-il pas la garde du billet? En second lieu, il « n'était pas tenu de restituer le billet; » encore devons-nous distinguer; il n'était pas tenu de restituer le billet s'il rendait la différence ; car l'acte devenait, en définitive, un paiement, et la propriété du billet était transférée à celui qui l'avait reçu; mais il ne rend rien; il n'est pas douteux que le débiteur ne réclame son billet. En effet, le billet doit être restitué, si la condition de rendre la différence, condition à laquelle est subordonné le transport de propriété, n'est pas accomplie.

L'arrêt trouve dans la remise du billet les éléments du mandat; il donne même sur ce point deux explications différentes. Il commence par dire que le billet a été remis à Pradal « pour un usage déterminé, celui de se payer la somme dont il était créancier et à la charge de rendre la monnaie pour le surplus de sa créance. »

[1] 1882, p. 66 et 67.

Digitized by Google

Puis il ajoute que « la remise impliquait le mandat donné à Pradal de fournir en monnaie la valeur du billet, sous déduction de ce qui lui était dû. » La seconde idée est représentée comme la conséquence de la première, ce qui nous semble difficile à concevoir; il faut plutôt choisir entre les deux que de travailler à faire sortir l'une de l'autre. Ni l'une ni l'autre, d'ailleurs, ne nous paraît exacte. En premier lieu, une personne qui touche d'un débiteur une somme supérieure à sa créance ne peut être considérée comme recevant le mandat de se payer elle-même ; elle est directement payée, quoique la translation de propriété soit subordonnée à la condition de rendre la différence; entre les deux parties, un tel mandat serait un acte juridique absolument superflu. En second lieu, le débiteur n'a pas donné « le mandat de lui fournir en monnaie la valeur du billet, sous déduction de ce qui lui était dû, » ou il y aurait dans la vie ordinaire bien des mandats donnés auxquels personne n'aurait jamais songé, non pas même les plus subtils des jurisconsultes. L'intention principale, essentielle du débiteur était d'acquitter sa dette, non de changer son billet. L'acte dont parle la Cour dans sa seconde explication ne peut recevoir qu'un nom, c'est un échange. Dans l'espèce, sans doute, l'échange n'est que partiel; mais il constitue précisément la partie de l'acte où la Cour trouve un mandat.

Nous croyons que la remise faite par un débiteur à un créancier d'une pièce de monnaie, d'un billet de banque, excédant la somme due, sur lesquels il y a lieu de rendre une différence, se doit analyser juridiquement de la manière suivante : ce que se propose le débiteur, ce qu'accepte tacitement le créancier en recevant la pièce de monnaie, le billet, c'est un paiement pour une partie, un échange pour une autre; mais, en attendant que la différence soit rendue, conformément à la convention tacite dont l'existence est incontestable, la pièce de monnaie, le billet de banque n'est entre les mains du créancier qu'à titre de dépôt.

§ 2 — Instruction criminelle.

1. C. I. C., art. 2 et 3. — Extinction de l'action publique au cours du procès; influence de cette extinction sur la poursuite de l'action civile engagée devant le tribunal de répression.

Un prévenu condamné par une Cour d'appel, chambre des

Digitized by Google

appels de police correctionnelle, à une amende sur l'action publique, à des dommages-intérêts sur l'action civile, meurt après s'être pourvu en cassation et avant qu'il ait été statué sur son pourvoi. L'action publique est éteinte ; les tribunaux de répression sont-ils aussitôt et nécessairement dessaisis de l'action civile, la partie lésée qui avait formé celle-ci conservant, d'ailleurs, le droit de s'adresser à la juridiction civile ?

C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, par un arrêt du 3 août 1883 : « Attendu que, en matière criminelle, le pourvoi suspend l'effet des jugements contre lesquels il est formé ; que la mort du prévenu, avant qu'il ait été statué sur le pourvoi, advient donc à un moment où la prévention est encore pendante et a dès lors pour effet, aux termes de l'art. 2 (C. I. C.) susvisé, d'éteindre l'action publique, que, par une conséquence nécessaire, elle éteint également la poursuite de l'action civile devant les tribunaux de répression, ces tribunaux n'étant compétents que pour en connaître accessoirement à l'action publique et concurremment avec elle ; que, d'ailleurs, la partie lésée conserve toujours le droit d'introduire son action contre les représentants du prévenu décédé devant la juridiction ordinaire. »

La question doit être étendue dans un double sens.

En premier lieu, elle ne se pose pas seulement dans le cas où le prévenu décède au cours du procès, mais aussi dans tous ceux où l'action publique s'éteint, sans que l'action civile s'éteigne avec elle, notamment au cas d'amnistie : « Il n'y a pas, a dit la Cour de cassation (arrêt du 10 mai 1872), à distinguer entre les deux causes d'extinction au point de vue de la compétence. »

En second lieu, l'arrêt du 3 août 1883 a statué sur une espèce où le prévenu est décédé pendant l'instance de cassation ; mais le décès peut arriver quand l'affaire est pendante devant une juridiction d'appel, devant une juridiction de première instance ; il en est de même de l'amnistie. Le décès et l'amnistie auront-ils, dans les diverses hypothèses, des conséquences identiques ?

Après cette double extension, la question se présente dans les termes suivants : Un tribunal de répression ayant été saisi simultanement de l'action publique et de l'action privée, si la première est éteinte par une cause qui laisse subsister la seconde,

Digitized by Google

le tribunal saisi demeure-t-il compétent pour prononcer sur celle-ci?

Trois systèmes se sont produits; tous trois sont appuyés sur des arrêts et même sur des arrêts de la Cour de cassation. Un premier, nous venons de le voir, veut que, en tout état de cause, même quand un pourvoi a été formé et n'est pas encore jugé, l'extinction de l'action publique entraîne le dessaisissement immédiat de la juridiction répressive, en ce qui touche l'action civile. Il y en a un second qui propose une distinction; il consiste à soutenir « que le décès du prévenu ne dessaisit pas de l'action civile la juridiction criminelle, lorsque celle-ci y a déjà statué par un jugement définitif de condamnation antérieur à ce décès ; que la Cour d'appel et la Cour de cassation restent compétentes pour prononcer sur les recours dont le jugement peut être ou peut avoir été l'objet; mais que le décès du prévenu survenu avant un jugement définitif qui ait statué sur l'action publique et sur l'action civile, oblige la partie civile à reporter son action devant une autre juridiction; car alors elle est sans titre, et nul tribunal criminel n'est désormais compétent pour lui en conférer un, puisque l'action principale dont la sienne n'était que l'accessoire, se trouve éteinte [1]. » Le troisième système considère la juridiction répressive comme demeurant saisie de l'action civile, pour peu qu'elle ait été saisie de l'action publique et à quelque moment que celle-ci vienne à s'éteindre, fût-ce avant un jugement définitif rendu en première instance.

Premier système. — Le système du dessaisissement, adopté par la Cour de Paris [2], avant de l'être par la Cour de cassation le 3 août 1883, se fonde sur cet argument que « les tribunaux de répression ne sont investis du droit accessoire de prononcer sur l'action civile que par le droit exclusif qu'ils ont de statuer sur l'action publique [3]. »

Mais cet argument perd toute sa force en présence de l'article 202-2°, C. I. C. : « La faculté d'appeler appartiendra...

[1] M. Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, 3e édition, revue... par M. Alexandre Sorel, t. II, p. 67, n. 282.

[2] D. P. 1872. 2. 164.

[3] Legraverend, *Législation criminelle*, t. 1, p. 69.

Digitized by Google

2° à la partie civile, *quant à ses intérêts civils seulement.* » La Cour d'appel, siégeant comme juridiction du second degré en matière de police correctionnelle, ne statuera que sur l'intérêt civil, quand la partie civile lui aura seule déféré le jugement rendu en première instance. Il est possible, non seulement que ce jugement, en tant qu'il a prononcé sur l'action publique, ne soit pas attaqué, mais encore que ceux qui avaient le droit de l'attaquer l'aient perdu par le silence gardé pendant le temps fixé; la Cour ne s'occupera et n'aura le droit de s'occuper que de l'action civile.

On a manifesté la crainte que, dans le cas où l'action publique est éteinte par le décès du prévenu, sa mémoire n'eût à souffrir indûment de la prolongation d'un procès où sa culpabilité serait mise en question sans contradiction possible : « Aucune peine ne pouvant plus désormais être prononcée, a répondu la Cour de cassation[1], la juridiction répressive n'aura, comme la juridiction civile, qu'à constater l'existence du fait délictueux et dommageable, sans rechercher la culpabilité du prévenu décédé, et, renfermée dans ces limites, la demande trouve des contradicteurs naturels et nécessaires dans les représentants du défunt. »

Les partisans du système ne peuvent, de leur côté, faire une réponse satisfaisante à l'objection tirée de l'embarras où ils se trouvent placés, quand l'appel, quand le pourvoi ont déjà saisi, soit la juridiction du second degré, soit la Cour de cassation : l'appel, le pourvoi seront-ils jugés, contrairement aux règles du droit commun, par d'autres juridictions que celles de l'ordre répressif? La décision attaquée sera-t-elle anéantie de plein droit? deviendra-t-elle au contraire, inattaquable? Trois décisions qu'il est également difficile d'admettre.

Deuxième système. — Le système d'après lequel les juridictions de répression demeurent saisies de l'action civile, mais seulement si un jugement définitif sur le fond a été rendu avant l'extinction de l'action publique a été plusieurs fois accueilli par la Cour de cassation, notamment dans ses arrêts du 24 août 1854 et du 10 mai 1872. Il a été professé par MM. Mangin[2], Trébu-

[1] 10 mai 1872.

[2] *L. cit.*

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

tien [1], Le Sellyer [2], Sourdat, [3], Garraud [4]. Ces différents auteurs toutefois ne s'expriment pas absolument de même sur un point important ; si MM. Trébutien, Le Sellyer et Garraud, d'accord avec les deux arrêts précités, parlent d'une décision sur le fond, MM. Mangin et Sourdat semblent exiger que cette décision soit un jugement définitif de condamnation; n'ont-ils fait que s'arrêter à l'hypothèse qui leur a paru être la plus fréquente ? C'est ce qui nous paraît vraisemblable; on peut voir, notamment, que les développements de M. Mangin s'appliquent à toute décision sur le fond, quelle qu'elle soit. Nous laisserons de côté ce qui nous paraît être une différence dans les expressions plutôt qu'une divergence dans les pensées.

Ce système reprend à son compte le principe posé par le premier, en le tempérant par une exception, fondée sur les art. 202 et 413, C. I. C. : « Cette juridiction (criminelle) ne peut connaître des actions civiles qu'accessoirement à l'action publique, dit M. Mangin; et, quand celle-ci est éteinte avant qu'il ait été prononcé sur elle définitivement, la juridiction criminelle est dessaisie de l'action civile. » Sans doute l'art 202.-2° apporte au principe une dérogation, mais qu'il ne faut pas étendre : « Les premiers juges ont statué complètement sur l'action publique et sur l'action civile; le jugement qu'ils ont rendu était susceptible d'être attaqué par deux parties dont les intérêts étaient distincts; l'une y a acquiescé, l'autre s'est pourvue; le tribunal n'a donc à s'occuper que de cette dernière; mais il n'a le droit de s'en occuper que parce que le principe de la compétence qui existait dans les premiers juges se trouve également en lui, parce qu'on ne peut admettre dans le juge inférieur un principe de compétence matérielle qui n'existe pas en même temps dans le tribunal institué pour confirmer ou réformer ses jugements. » M. Trébutien recommande de ne généraliser pas

[1] *Cours élémentaire de droit criminel*, 2e éd., revue par MM. Laisné-Deshayes et Guillouard, t. II, p. 138, n. 172.

[2] *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée*, t. I, p. 487, n. 344.

[3] *Traité général de la responsabilité*, 3e éd., t. I, n. 99, p. 96.

[4] *Précis de droit criminel*, n. 793, p. 541.

Digitized by Google

le texte de l'art. 202 : « Cette époque, dit-il, n'a pas été choisie à la légère. L'instruction est complète; le prévenu a pu librement présenter ses moyens de défense. » Le même auteur ajoute : « Lorsque le mode d'attaque à employer contre la décision sera l'appel ou le pourvoi en cassation, le jugement définitif aura été rendu et la séparation des deux actions sera consommée. L'art. 413, C. I. C., dit en effet pour le pourvoi, ce que l'art. 202 dit pour l'appel. »

La difficulté consiste précisément à savoir si le législateur, en donnant à la partie civile le droit de poursuivre séparément la défense de ses intérêts devant la Cour d'appel, puis devant la Cour de cassation, a voulu déroger au principe que les deux actions, publique et civile, restaient indissolublement unies, même devant un tribunal déjà saisi, ou s'il a seulement appliqué un principe contraire, d'après lequel, une fois un tribunal de répression saisi légalement, le procès devrait continuer, soit sur les deux actions simultanément, soit sur l'action civile seule, l'action publique venant à s'éteindre.

Quand le législateur a rédigé les art. 202 et 413, C. I. C., il a pensé à déterminer exactement les personnes auxquelles appartiendrait le droit de former, soit un appel, soit un pourvoi en cassation, non à fixer les cas où les tribunaux de l'ordre répressif conserveraient la connaissance de l'action civile, après et malgré l'extinction de l'action publique. S'il y avait un argument à tirer de ces articles au sujet de la difficulté que nous venons d'indiquer, il serait contraire au système de M. Mangin; le législateur paraît supposer un principe dont il fait l'application ; il n'exprime pas l'intention de déroger à une règle qu'il aurait déjà posée.

Qu'il y ait une raison de plus pour donner aux juges de répression saisis le droit de statuer sur l'action civile survivant à l'action publique, lorsqu'un jugement a été rendu dont il est indispensable de fixer le sort, nous l'avons dit plus haut ; cette raison est-elle la seule, est-elle même la principale ? nous ne le croyons pas. Avant tout, il faut se demander si la compétence subsiste dans l'ordre de juridiction auquel elle avait été attribuée : « On ne peut, dit M. Mangin, admettre dans le juge inférieur un principe de compétence matérielle qui n'existe pas en même

Digitized by Google

temps dans le tribunal institué pour confirmer ou réformer ses jugements. » Mais supposons que la mort du prévenu ou l'amnistie survienne quand l'affaire est pendante devant les juges de première instance. Peut-on admettre que le principe de compétence existe chez les mêmes juges à un moment et non pas à un autre ? Ce n'est pas le principe de compétence qui est ici en cause; il s'agit de savoir si le principe peut continuer à produire son effet dans l'espèce; la juridiction de répression doit être dessaisie en tous les cas, ou elle ne le sera jamais.

La Cour de Lyon a rendu, le 25 août 1880 [1], un arrêt très fortement motivé, où elle rejette la distinction en faisant remarquer notamment : « Que, en établissant le droit d'option entre les juges de l'action civile et les juges de l'action publique, la loi a nécessairement garanti à la partie plaignante que, devant les uns comme devant les autres, justice lui serait rendue; que cette garantie constitue au profit du justiciable un véritable droit acquis qui ne doit souffrir aucun dommage des différentes péripéties que peut subir l'action publique; » que, autrement, « il ne serait plus vrai de dire qu'une amnistie, mesure toute politique, ne préjudicie en rien aux intérêts d'une partie civile; — Qu'il ne suffit pas, en effet, que ces droits soient sauvegardés *in abstracto*, qu'ils doivent l'être encore *in concreto*, c'est-à-dire tels qu'ils sont et dans l'état où ils se trouvent au moment où survient l'amnistie... »

Troisième système. — Le système qui enseigne que la juridiction répressive demeure saisie en tous cas, même quand l'action publique est éteinte avant tout jugement définitif sur le fond, avait été professé par M. Carnot [2]; on le retrouve dans un grand nombre d'arrêts rendus par la Cour de cassation, à la suite des diverses amnisties, et, en particulier, de la dernière, accordée aux crimes et délits de presse par la loi du 27 juillet 1881, art. 70 [3] : « Attendu, dit la Cour, le 16 mars 1882, qu'il est de principe, en

[1] D. P. 81. 2. 4.

[2] *Instruction criminelle*, t. I, p. 66.

[3] V. not. Crim.., 9 fév. 1849, 16 mars 1882. — V. aussi Lyon, 25 août 1880, *cit.*; Nimes, 13 janvier 1881 (*Journal du Droit criminel*, 1881, art. 10766, p. 115).

Digitized by Google

droit, que, lorsque la juridiction répressive a été saisie à la fois et de l'action publique et de l'action civile, ces deux actiont étant indépendantes l'une de l'autre, s'il survient ensuite des événements qui désarment l'action publique, ces événements ne peuvent avoir aucune influence sur l'action civile, qui reste, isolément, soumise à l'appréciation du juge originairement saisi; — Attendu qu'il en doit être surtout ainsi, alors que la loi a pris soin de déclarer, comme elle l'a fait dans son art. 70, que l'amnistie par elle édictée ne préjudiciera pas aux droits des tiers. »

C'est ce système qui nous semble devoir être suivi. En combattant les deux premiers, nous avons brièvement indiqué les raisons sur lesquelles il s'appuie. Sans doute, une fois l'action publique éteinte, le tribunal de répression ne peut plus être saisi de l'action civile, mais, une fois qu'il en a été régulièrement saisi à un moment où l'action publique existait encore, à défaut d'un texte qui lui ôte le pouvoir d'en connaître, il garde ce pouvoir, il peut, il doit statuer; c'est purement et simplement une application de cette idée qu'on trouve dans les art. 202 et 413, C. I. C.

Notre savant collègue, M. Garraud, dit : « Bien entendu, les auteurs qui admettent cette opinion sont obligés d'en restreindre l'application à l'action civile portée devant le tribunal correctionnel ou de simple police ; car, si l'action civile était pendante devant une Cour d'assises, il serait impossible, en cas de décès de l'accusé, d'assigner les héritiers en reprise d'instance [1]. » Cette observation se rapporte au cas où l'action publique est éteinte par le décès de l'accusé; la même difficulté ou impossibilité ne se rencontrerait pas au cas d'une amnistie.

2. C. I. C., art. 155. — Tribunal de police correctionnelle; lecture de dépositions écrites.

D'après une jurisprudence ancienne et constante, le président de la Cour d'assises ne peut, à peine de nullité, faire lire la déposition écrite d'un témoin qui doit ensuite être entendu : « Il est de principe essentiel, dit la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 juin 1874, que, devant les Cours d'assises, le débat doit être oral; — il y a violation de cette règle dans la lecture de la dépo-

[1] *L. cit.*, p. 542, note 2.

Digitized by Google

sition écrite d'un témoin non encore entendu dans sa déposition orale, alors même que cette lecture a lieu hors sa présence ; — en effet, elle peut avoir pour résultat de préparer et d'influencer la conviction des jurés à l'aide d'un élément prématurément introduit dans le débat. »

Il n'en est pas en police correctionnelle comme en Cour d'assises, la Cour de cassation l'a décidé le 18 juillet 1884, par les raisons suivantes : « Attendu que, sans doute, en police correctionnelle, le débat est oral, mais qu'il n'a pas exclusivement ce caractère ; qu'aux termes des art. 153 et 189, C. I. C., la lecture des procès-verbaux, qui souvent relatent les déclarations des témoins, précède l'audition des témoins ; que les magistrats peuvent s'appuyer sur des moyens de preuve autres que les procès-verbaux et les témoignages, pourvu qu'ils soient soumis au débat de l'audience, et puiser les éléments de leur conviction dans les documents que l'instruction écrite a réunis. »

Cette décision nous semble irréprochable ; la Cour a pris soin de constater que les témoins dont les dépositions écrites ont été lues à l'audience n'y étaient pas présents. Le danger qu'on aurait pu craindre était que le texte conservé et publiquement relu de leurs déclarations antérieures n'enchaînât leur parole, qu'ils ne fussent exposés à manquer de sincérité à l'audience pour ne laisser pas croire qu'ils en eussent manqué devant le juge d'instruction. Ce danger, à vrai dire, n'était peut-être pas tout à fait conjuré par cela seul qu'ils étaient absents ; une tierce personne aurait pu les aller trouver aussitôt, pour leur rapporter ce qu'elle venait d'entendre et leur rappeler ce qu'ils avaient dit précédemment, de manière à les mettre dans l'embarras ; si la suite des débats avait été remise à une autre audience, une communication de ce genre aurait été, non seulement possible, mais probable ; celui dont le nom a été prononcé, dont les paroles ont été répétées en justice, tient à savoir ce qu'on a dit de lui ou ce qu'on lui a fait dire, et il est à craindre qu'il ne se préoccupe un peu trop de la contenance qu'il aura, du langage qu'il tiendra, quand il sera lui-même devant les juges. Cette possibilité, qui arriverait dans certains cas jusqu'à la probabilité, n'a pas arrêté la Cour suprême ; il n'y a pas de système qui n'ait ses inconvénients ; la Cour a pris

Digitized by Google

celui qui offrait le double avantage de ne créer pas une nullité de plus et de s'accorder avec l'esprit général de la loi.

3. C. I. C., art. 637 et 638 ; loi du 29 juillet 1881, art. 65. — Interruption de la prescription par le pourvoi en cassation ; suspension de la prescription pendant l'instance en cassation.

Nous lisons dans un arrêt de la Cour de cassation, en date du 27 janvier 1883 : « Le pourvoi ... a eu ... pour effet d'interrompre la prescription et d'en suspendre le cours pendant la durée de l'instance devant la Cour de cassation ; » et, dans un autre arrêt, rendu par la même Cour le 3 janvier 1884 : « Par suite de ce recours, le prescription, a été légalement suspendue et n'a recommencé à courir qu'à partir du jour où l'incident de procédure soulevé a été vidé judiciairement [1]. »

Dans les deux affaires il s'agissait de délits correctionnels, de ceux qui sont prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la presse.

Pendant longtemps, ce n'est qu'à propos des contraventions de simple police qu'on a eu à se demander quelle était l'influence d'un pourvoi en cassation sur la prescription de l'action publique. L'art. 640, qui règle cette prescription, se termine ainsi : « S'il y a eu un jugement définitif de première instance, de nature à être attaqué par la voie de l'appel, l'action publique et l'action civile se prescriront après une année révolue, à compter de la notification de l'appel qui aura été interjeté. » Ainsi l'appel arrête le cours de la prescription ; en est-il de même du pourvoi, sur lequel le législateur a gardé le silence ? La Cour de cassation a répondu affirmativement depuis le 21 octobre 1830, et, dans ces dernières années, le 21 juin 1878, le 16 avril 1880. Elle a reconnu un effet interruptif au pourvoi, un effet suspensif à l'instance.

L'arrêt du 21 octobre 1830, après avoir rappelé le droit qui appartient au ministère public de se pourvoir en cassation contre tout jugement de simple police rendu en dernier ressort, dit : « qu'un tel pourvoi, étant régulièrement formé, doit produire son effet légal, quelle que soit de la nature du jugement qui en est l'objet, — que l'art. 640, tout en déclarant que l'action publique,

[1] V. aussi Cour d'assises de la Seine, 4 décembre 1884 (*Gazette des Tribunaux*, 8 et 9 décembre 1884).

Digitized by Google

pour une contravention de police, est prescrite après une année à compter du jour où elle a été commise, si, dans cet intervalle, il n'est point intervenu de condamnation, *ne présente aucune disposition restrictive du droit de recours accordé par la loi à la partie publique* : que les termes de cet article, relatifs à l'appel exclusivement réservé au prévenu contre une condamnation ou contre un jugement définitif qu'il voudrait attaquer, ne se rapportent qu'à lui, et que, la voie de l'appel y étant seule prévue et mentionnée, *on ne peut rien en induire contre les effets d'une autre voie dont il ne parle pas*;—que, si le législateur a trouvé juste d'accorder au ministère public une prorogation de délai par suite de l'appel interjeté par le prévenu, l'effet nécessaire du seul recours laissé à la partie publique contre un jugement illégal doit être de proroger également la durée de l'action ; que, autrement, ce recours serait illusoire, et que la répression des contraventions de police les plus contraires à l'ordre public deviendrait souvent impossible ; — que l'exercice régulier d'un droit aussi positif, aussi nécessaire à la vindicte publique, ne peut être *annihilé par une arbitraire extension des dispositions législatives qui lui sont étrangères* ... »

L'argumentation repose sur deux points : 1° l'interruption de la prescription est l'effet légal d'une voie de recours, s'il n'y a une disposition contraire ; 2° le pourvoi du ministère public ne saurait avoir un moindre effet que l'appel du prévenu [1].

C'est sur le premier point qu'insiste M. Mangin pour appuyer la jurisprudence : « L'art. 640 n'ayant point assigné un effet particulier à ces pourvois (du prévenu et du ministère public) ni aux arrêts de cassation qui peuvent en être la suite, il en résulte qu'il les a laissés sous l'empire des règles générales. Or l'effet légal d'un recours en cassation régulièrement formé est de conserver l'action publique et l'action civile, en interrompant la prescription qui courait contre elles ... L'art. 640 n'est pas le seul qu'il faille consulter; il se coordonne nécessairement avec tous ceux qui autorisent le recours en cassation contre les jugements des tribunaux de police, et il en reçoit toutes les modifications qui sont les conséquences nécessaires d'un pareil recours.

[1] Sur ce second point, V. Crim., 21 juin 1878.

Digitized by Google

Ces conséquences nécessaires sont l'interruption de la prescription, pendant tout le temps que dure le pourvoi [1], et, si la cassation est prononcée, que les tribunaux saisis par le renvoi aient, à compter de la réception des pièces, le même délai pour juger que celui qu'avaient les tribunaux auxquels ils sont substitués [2]. »

Le raisonnement est quelque peu arbitraire. Pourquoi l'interruption, puis la suspension de la prescription seraient-elles les conséquences légales du pourvoi? Il n'y a pas là une de ces idées, une de ces vérités assez fortes pour s'imposer à défaut d'un texte : or le texte fait défaut. *L'arbitraire extension* dont parle l'arrêt de 1830 ne consiste pas à faire rentrer dans la règle générale le pourvoi en cassation, mais à le placer dans l'exception, où le législateur ne l'a pas compris. En matière de prescription, l'article fondamental est évidemment l'art. 640; il n'est pas besoin d'aller chercher les articles du Code d'instruction criminelle relatifs au pourvoi pour le compléter; il se suffit à lui-même [3].

L'exception contenue dans l'art. 640 est peut-être susceptible d'extension. Plusieurs auteurs admettent que le pourvoi des prévenus peut, comme son appel, interrompre la prescription [4]; mais ils entendent rester fidèles à l'esprit de l'article en réservant à l'acte fait par le prévenu la faculté de produire un tel effet. D'ailleurs, ils n'admettent pas que la prescription soit suspendue pendant le cours de l'instance en cassation, l'un d'eux le déclare expressément [5].

La Cour de cassation, après avoir admis une jurisprudence contestable pour les matières de simple police, l'étend aux autres matières criminelles dans les deux arrêts que nous avons cités. Elle n'en développe plus les raisons; elle pose un principe qu'elle regarde comme incontestable, dans des termes brefs, ana-

[1] C'est-à-dire que l'auteur admet et l'interruption et la suspension.

[2] M. Mangin, *l. cit.*, t. II, n. 152, p. 362.

[3] M. Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée*, t. II, p. 512, n. 128. — La note 1 contient une indication des opinions émises par différents auteurs sur la question. — Cf. M. Villey, p. 262.

[4] M. Le Sellyer, *l. cit.* — M. Bertauld, *Cours de Code pénal*, 4e éd., p. 616.

[5] M. Bertauld, *ib.*

Digitized by Google

logues à ceux qu'elle peut employer quand elle appuie ses décisions sur des textes formels.

M. Bertauld, dont l'esprit ingénieux aimait à signaler les difficultés quand les autres ne les avaient pas aperçues, avait déjà examiné la question ; il admettait l'effet interruptif et rejetait l'effet suspensif [1]. Malheureusement il décidait sans discuter cette fois.

Il n'y a plus d'argument à tirer de l'art. 640 ; ni la Cour de cassation ne saurait se préoccuper de maintenir l'égalité de droits entre le ministère public et le prévenu, ni M. Bertauld ne songe à une assimilation entre un pourvoi et un appel, tous deux formés par celui-ci.

Sans doute la Cour pourrait ici, comme à propos des contraventions de simple police, se fonder sur ce que l'effet interruptif est naturellement ou légalement attaché au pourvoi en cassation et sur ce que l'art. 637 ne déroge pas à ce principe. Mais le principe est contestable quand il s'agit d'appliquer l'art. 637 comme il l'était quand il était question de l'art. 640.

Restera, il est vrai, l'interruption prévue par l'art. 637 lui-même, celle qui résulte d'actes d'instruction ou de poursuite. A la rigueur, il est possible de faire rentrer sous la seconde de ces expressions le pourvoi formé par le ministère public, ce qui justifierait au moins l'effet interruptif. Mais, dans les deux affaires qui ont donné lieu aux arrêts précités, c'était par les prévenus que les pourvois avaient été formés. M. Bertauld, d'ailleurs, met sur la même ligne le pourvoi du prévenu et celui du ministère public.

Nous sommes porté à croire que la Cour de cassation ajoute à la loi [2], tout en reconnaissant qu'elle y ajoute avec sagesse et que la disposition qui donnerait force de loi à sa jurisprudence ne devrait soulever aucune critique. ALBERT DESJARDINS.

[1] *Ib.*, p. 613.
[2] *Sic*, M. Garraud, n. 822, p. 564 et 565

Digitized by Google

LA QUESTION DES PROPRIÉTÉS PRIMITIVES,

Par M. Léon Aucoc, membre de l'Institut, ancien président de section au Conseil d'État.

Les études historiques et juridiques sur les transformations qu'a subies la propriété immobilière, depuis l'époque où les peuples étaient nomades, jusqu'à l'époque où ils se sont fixés au sol, se multiplient depuis un certain nombre d'années. On y trouve le contingent des trois écoles entre lesquelles se partagent les historiens : l'école qui décrit et raconte sans juger, l'école qui, après avoir décrit, cherche dans les faits du passé des leçons pour le présent et l'avenir, et l'école intermédiaire qui s'attache non seulement à exposer les faits, mais à expliquer les institutions, leur origine, leurs raisons d'être et leurs effets, de façon à reproduire aussi exactement que possible la vérité locale et momentanée, mais qui s'abstient, en principe, de généraliser, bien qu'elle se trouve quelquefois entrainée, par la force des choses, à sortir du terrain qu'elle s'est assigné.

Les ouvrages qui ont le plus attiré l'attention publique en France sont les études de M. Sumner-Maine sur l'*Ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, sur les *Institutions primitives* et sur *les communautés de village en Orient et en Occident*[1], et le livre de M. Emile de Laveleye sur *la propriété et ses formes primitives*.

Les travaux de M. Sumner-Maine, que l'Académie des sciences morales et politiques compte au nombre de ses associés étrangers, se distinguent par la profondeur et la nouveauté des vues. L'éminent jurisconsulte anglais fait ressortir avec une grande sagacité les diverses nuances des institutions primitives qu'il a observées personnellement dans l'Inde et dont il a retrouvé les traces en Angleterre, en Ecosse et en Irlande, comme on les avait déjà signalées dans l'Allemagne ancienne et dans la Russie moderne.

[1] Les deux premiers ouvrages ont été traduits en français, l'un par M. Courcelle-Seneuil, l'autre par M. Durieu de Leyritz. Le troisième n'a pas été traduit; mais il a été signalé dans les Revues françaises.

Digitized by Google

Le livre de M. de Laveleye, qui se rattache aussi à l'Institut de France par le titre de correspondant, groupe habilement des renseignements extrêmement variés, quelquefois un peu trop sommaires, sur les différents peuples et les différents âges du monde, empruntés aux écrivains de l'antiquité et à de très nombreuses monographies récentes. Mais ce qui l'a fait remarquer, ce n'est pas seulement la multiplicité des faits qu'il signale, c'est aussi la théorie de la propriété que l'auteur a cru pouvoir tirer de de ces faits. Il présente en effet la communauté agricole ou le communisme agraire, qui a été la loi des temps primitifs, comme fondé sur les principes essentiels de la justice et soutient que l'idéal d'une société bien constituée, surtout d'une société démocratique, est de reproduire ce système. « J'ai démontré, dit-il à la dernière page de son livre, que tous les peuples ont eu primitivement une organisation qui assurait à tout homme une part du fonds productif. L'analyse fait voir aussi que la propriété est la condition indispensable de l'existence, de la liberté et du développement de l'homme. Le sentiment inné du juste, le droit primitif et le droit rationnel s'accordent donc pour imposer à toute société l'obligation de s'organiser de façon à garantir à chacun la propriété légitime qui doit lui revenir. »

A côté de ces ouvrages, avant ou après eux, beaucoup d'autres ont traité la même question, les uns dans son ensemble, les autres pour quelques-unes de ses parties. Il suffit de citer, parmi les premiers, les études si judicieuses de M. Paul Viollet sur *le caractère collectif des premières propriétés immobilières*[1], et l'excellente *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée* de M. Garsonnet. Parmi les seconds, ceux qui méritent le plus d'être signalés sont l'*Histoire des classes agricoles en France* du regrettable M. C. Dareste, le livre de M. Geffroy sur *Rome et les barbares*, commentaire savant et ingénieux de la Germanie de Tacite, et le remarquable ouvrage de M. Anatole Leroy-Beaulieu sur l'*Empire des Tsars*, dans lequel il fait si bien ressortir, en reprenant et rectifiant des travaux antérieurs, les origines,

[1] Ces études ont été publiées en 1872 dans la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*.

Digitized by Google

les modifications et les conséquences économiques et sociales de l'institution du *mir* russe.

Mais il faut ajouter que l'opinion, d'après laquelle tous les peuples primitifs auraient débuté par la propriété collective de la tribu ou du village, a été combattue, pour ce qui concerne les Grecs et les Romains, par M. Fustel de Coulanges dans ses belles études sur la *Cité antique*. Suivant lui, les populations de la Grèce et de l'Italie, dès l'antiquité la plus haute, ont toujours connu et pratiqué la propriété privée et il n'est resté aucun souvenir d'une époque où la terre ait été commune [1]. M. Fustel de Coulanges a postérieurement repris et développé cette opinion, en se limitant aux institutions de Sparte, dans un mémoire lu en 1880 à l'Académie des sciences morales et politiques.

La question vient d'être traitée, avec des arguments et des points de vue nouveaux, dans une brochure considérable intitulée : « *Nantucket. Etude sur les diverses sortes de propriétés primitives* », écrite par M. Belot, professeur à la Faculté des lettres de Lyon, correspondant de l'Institut, bien connu par son *Histoire des chevaliers romains* [2].

A propos de Nantucket, d'une petite île sablonneuse, presque imperceptible sur les cartes de l'Amérique du Nord, située à peu près à la hauteur de Newport (État de Rhode-Island), qui a vingt-quatre kilomètres de longueur sur six à sept de largeur et qui a été colonisée en 1671 par des membres d'une petite église dissidente fuyant la persécution des puritains du Massachusets, M. Belot reprend savamment toute la question des propriétés primitives.

L'histoire de la colonie de Nantucket, qui fournit un type curieux de la constitution des propriétés immobilières dans une société naissante, au milieu de difficultés agricoles semblables à celles qu'ont dû rencontrer les peuples primitifs, a été écrite avec les plus grands détails dans plusieurs livres, notamment dans les *lettres d'un cultivateur américain*, par Saint John Crèvecœur, qui ont eu beaucoup de succès à la fin du XVIIIe siècle, et ont

[1] Livre II, chap. VI. *Le droit de propriété*. M. Paul Viollet, dans l'étude précitée, a indiqué des textes qui lui paraissent justifier l'opinion contraire, en dehors même des souvenirs de l'âge d'or célébrés par les poètes.

[2] Grand in-8 de 92 pages, chez Leroux, éditeur.

Digitized by Google

été publiées en anglais, puis en français et traduites en allemand. M. Belot aurait pu dire, pour faire mieux apprécier toute la valeur de cet ouvrage, que l'auteur qui, avant de l'écrire, avait vécu en Amérique pendant plus de vingt ans, a été le premier consul général de France à New-York, de 1783 à 1790 et a été compris en 1796 dans la première formation de l'Institut, comme membre de la classe des sciences morales et politiques [1].

La thèse historique de M. Belot est une argumentation très vigoureuse contre la conclusion du livre de M. de Laveleye. Tous les détails de l'histoire de la colonie de Nantucket, où a régné pendant longtemps la communauté des terres de culture, montrent les raisons d'ordre purement physique qui ont fait établir ce système. Tous ces détails établissent que ce n'est point le sentiment de la justice, du droit égal de chaque individu, mais l'impossibilité de faire autrement qui ont conduit à laisser en commun des terres sans valeur, auxquelles l'état du sol ne permettait pas de demander plusieurs récoltes de suite, et ces faits, suivant M. Belot, éclairent d'une vive lumière les textes qui nous montrent chez divers peuples anciens un état de choses analogue.

M. Belot ne se borne pas d'ailleurs à examiner les conditions dans lesquelles s'est constituée la propriété foncière à Nantucket. Il étudie aussi la constitution de la richesse mobilière, développée par les profits que réalisaient les pêcheurs et les commerçants de cette petite île, et il montre comment l'accroissement de la richesse mobilière a entraîné plus tard la constitution de la propriété privée sur les terres devenues plus fertiles et l'inégalité des fortunes.

Il fait remarquer très justement que, si la société était tenue d'assurer à chacun de ses membres la jouissance d'une portion du sol, il n'y aurait pas de raison pour qu'elle ne fût pas également tenue de leur assurer la jouissance d'une part de richesse mobilière, de cette richesse si variée dans ses éléments, et il soutient énergiquement qu'elle n'est tenue de leur assurer ni l'un ni l'autre.

[1] M. Robert de Crèvecœur, ancien auditeur au Conseil d'Etat, a publié récemment une très intéressante biographie de son arrière grand-père, sous ce titre : *La vie et les écrits de M. Saint John de Crèvecœur.*

Digitized by Google

« La propriété, dans son essence, dit-il, ne se confond pas avec l'objet matériel auquel elle s'applique, avec lequel elle s'incorpore souvent. Elle est l'empreinte que l'homme a mise sur les choses, la transformation que son travail, son intelligence, son courage leur ont fait subir, ne fût-ce qu'en les transportant d'un lieu à un autre et en les mettant à la portée de ceux qui en ont besoin. Elle est, en général, ce que le génie ou la force de l'homme ajoute à la nature, en laissant, dans le monde extérieur, une trace ou seulement un souvenir de son action et de sa personnalité.

« La propriété n'est pas bornée à la surface totale des terres cultivables et habitables, ni à la masse de tout le numéraire circulant, ni à l'ensemble des bâtiments, ni à la collection de tous les meubles, de tous les outils et de toutes les machines. Quand même on pourrait partager également tous ces objets en petites parts sans détruire le crédit, le goût des entreprises et le travail, sources de la richesse, il resterait encore à partager également entre les hommes le lot le plus important qui est l'esprit humain lui-même. Tant que les hommes resteront inégaux par l'esprit, il est à craindre qu'ils ne le redeviennent de toutes les manières. Mais ce Protée insaisissable ne dépend pas de Babeuf, ni même de Lycurgue. C'est lui qui est le vrai coupable des misères de l'inégalité. C'est lui qui, en changeant toujours et de place et de forme, donne aux choses leurs valeurs toujours changeantes, et il se laissera difficilement enserrer dans les liens d'une législation tyrannique [1]. »

Cette première partie de la thèse de M. Belot nous paraît irréprochable. Nous n'avons qu'à louer ce qu'il y a d'élevé et de solide dans son travail, qu'à signaler la science et la sagacité qu'il a déployées dans la description des conditions spéciales du climat de Nantucket, des nécessités de l'agriculture, du développement de la colonie naissante, des progrès de la richesse mobilière et qu'à nous associer à sa défense du principe de la propriété privée sous toutes ses formes. Il y a là une étude économique d'une réelle valeur.

Tout en combattant les théories de M. de Laveleye et en si-

[1] Nantucket, p. 85.

Digitized by Google

gnalant le péril des généralisations trop hâtives, M. Belot ne conteste pas, nous l'avons dit, l'existence de la propriété collective chez certains peuples. Au contraire, il l'explique et les faits qu'il signale dans la petite île de Nantucket lui servent à préciser le sens de plusieurs textes de César et de Tacite relatifs aux usages des Germains et dont le dernier a été l'objet de vives controverses.

Le texte de César nous apprend que chez les Germains, « aucun individu n'a une étendue délimitée de terre, ni une « propriété bornée, mais les magistrats et les chefs assi- « gnent, pour un an, aux *gentes* et aux familles qui s'y ratta- « chent autant de terrain et dans tel endroit qu'il leur a paru « convenable et, l'année suivante, ils les forcent à se transporter « ailleurs [1]. »

Le texte de Tacite, qui se trouve au chapitre XXVI de la Germanie, n'est pas identique à celui de César et l'un des mots essentiels du premier membre de phrase (*in vices, invicem* ou *vicis*) n'est pas le même dans les divers manuscrits. M. Belot, après avoir discuté toutes les variantes, le traduit ainsi : « Chaque territoire est proportionné au nombre des cultivateurs et occupé par l'ensemble des habitants de chaque village qui se le partagent ensuite selon leur rang. L'étendue des plaines facilite ce partage. Les cultures se déplacent d'une année à l'autre et, en dehors des cultures, il reste une grande étendue de territoire [2]. »

Un des passages, en apparence les plus nouveaux, de la traduction de M. Belot, c'est l'interprétation qu'il donne des mots

[1] *De bello Gallico*, livre VI, chap. XII : « Neque quisquam agri modum « certum aut fines habet proprios; sed magistratus ac principes in annos « singulos gentibus cognationibusque hominum qui una coierint, quan- « tum et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio transire « cogunt. »

Au livre IV, chap. I, se rencontrent quelques mots qui donnent une indication analogue : « Sed privati ac separati agri apud eos nihil est, neque « longius anno remanere uno in loco incolendi causa licet. »

[2] « Agri pro numero cultorum ab universis vicis occupantur quos mox « inter se juxta dignationem partiuntur; facilitatem partiendi camporum « spatia præstant. Arva per annos mutant et superest ager. »

Digitized by Google

arva per annos mutant. Dans leur traduction de la Germanie, Burnouf, M. Nisard et plusieurs autres écrivains avaient donné à ces mots le sens suivant : « Ils changent de terres (ou de champs) chaque année. » De son côté, M. Geffroy, dans son savant ouvrage sur *Rome et les Barbares*, traduit ainsi : « Ces lots (de terre cultivée) ne restent entre les mêmes mains qu'une année. » On a combattu ces traductions en soutenant que Tacite n'a pas indiqué d'une manière précise qu'il y eût un échange de terres entre les cultivateurs. Mais le changement de champs peut avoir lieu de deux manières, ou par une distribution annuelle qui fait passer les mêmes lots dans des mains différentes, ou par l'abandon annuel de tous les lots déjà cultivés, abandon motivé par la nature du sol, la rareté des engrais, l'insuffisance des instruments agricoles, qui obligent à laisser longtemps reposer la terre avant de lui demander une nouvelle récolte. C'est ce second système qui, dans la pensée de M. Belot, était pratiqué par les Germains du temps de César et du temps de Tacite, non point par les raisons politiques que César rapporte d'après les témoignages des Germains, mais par des raisons tirées de l'état primitif de l'agriculture, semblables à celles qu'ont rencontrées les colons de l'île de Nantucket.

Du reste, dans l'un comme dans l'autre système, la propriété privée n'est pas établie sur les terres de culture. Les Germains ont leurs maisons, au moins du temps de Tacite; plusieurs passages des chapitres XVI, XXV et XLVI sont formels à cet égard. M. Belot croit qu'ils ont aussi la propriété de la terre qui entoure la maison. Cela nous paraît contestable pour cette époque, car on ne voit pas, dans le chapitre XVI, que le terrain laissé vide entre les diverses maisons soit clos, ni qu'il soit cultivé. Tacite indique qu'on le laisse subsister par crainte des incendies ou par ignorance de l'art de bâtir. Mais M. Belot reconnaît formellement que les terres de culture, comme les pâturages, restent dans la communauté et que chaque chef de famille du village n'a droit qu'à obtenir, chaque année, un lot de terre à cultiver sur la partie du territoire où se portent les cultures. Ce n'est pas un système d'agriculture qu'indique Tacite, c'est un état social.

M. Belot aurait pu, ce nous semble, fortifier son argumentation

Digitized by Google

sur le déplacement ou le changement annuel des champs par les explications que donne Tacite dans la suite du texte controversé. Tacite a signalé, avec une grande netteté, les conséquences logiques de ce système qui s'étaient produites chez les Germains, et qui formaient un contraste si frappant avec l'état de l'agriculture en Italie. On ne demande, dit-il, à la terre que des récoltes de céréales; les Germains n'ont point de vergers, point de prairies closes, point de jardins irrigués ; en sorte, ajoute-t-il, qu'ils ignorent le nom et les produits de l'automne [1]. La répartition annuelle des cultures enlève en effet aux agriculteurs tout intérêt à faire des travaux qui ne donneront leurs fruits que dans l'avenir. La propriété privée peut seule produire de pareils résultats.

Quoi qu'il en soit, le véritable sens du texte de Tacite, venant après celui de César, n'est pas douteux, et les commentaires dont M. Belot l'éclaire permettent d'écarter les nuages dont plusieurs écrivains allemands, réfutés d'ailleurs par d'autres écrivains allemands, ont cherché à l'obscurcir.

Jusqu'ici nous sommes complètement d'accord avec M. Belot, à quelques détails près. Mais il a voulu pousser plus loin ses avantages sur M. de Laveleye. Après avoir montré les véritables raisons qui, suivant lui, ont amené la constitution de la communauté des terres de culture, même à des époques où le cultivateur était déjà propriétaire d'une maison, il prétend établir que la propriété privée individuelle a précédé la propriété collective. Suivant lui, et l'exemple de Nantucket le prouve encore, les propriétés collectives n'ont dû être que l'annexe d'une propriété privée ou l'extension, à une famille plus ou moins étendue, de la propriété d'un individu. La propriété ne peut pas, dans son opinion, être descendue de la tribu à la famille, puis de la famille à l'individu, puisque les familles sont une réunion d'individus et les tribus une réunion de familles.

A Nantucket, on voit les vingt-sept colons qui ont reçu la propriété collective de l'île distribuer entre eux, dès le début, la

[1] « Nec enim cum ubertate et amplitudine soli labore contendunt ut pomaria conserant et prata separent et hortos rigent, sola terræ seges imperatur.... autumni perinde nomen ac bona ignorantur. »

Digitized by Google

terre nécessaire à l'établissement d'une maison et d'un enclos et ne laisser en commun que les pâturages et les terres de culture difficilement exploitables sous le régime de la propriété privée individuelle. C'est le système qui a dû être pratiqué dans les pays primitifs..

Un autre exemple pourrait être invoqué à l'appui de cette thèse, celui des associations agricoles du moyen âge qui auraient eu pour base une propriété individuelle transformée en propriété collective.

De même, dans la pensée de M. Belot, les communautés agricoles de la Russie, connues sous le nom de *mir*, ont pour origine une concession du seigneur et, par conséquent, la communauté des serfs habitants du village a été précédée par la propriété privée du maître.

Cette seconde partie de la thèse de M. Belot nous paraît moins solidement justifiée que la première.

Nous regrettons, par exemple, qu'en abordant l'étude des communautés agricoles du moyen âge, il ait passé si rapidement sur les origines de ces associations, qu'il n'ait pas distingué les associations de serfs, se réunissant pour échapper à la main-morte et les associations d'hommes libres. Peut-être aurait-il trouvé des origines différentes à la constitution de la propriété collective dans les deux espèces de communauté. Mais ce n'est pas ici le lieu d'étudier les communautés agricoles du moyen âge, qui ont été l'objet de travaux si approfondis de la part de nos jurisconsultes anciens et modernes et que M. de Laveleye a cru pouvoir rattacher directement aux communautés agricoles de la Germanie. Nous sommes obligé de renvoyer nos lecteurs à la préface du *Traité du contrat de louage* de M. Troplong, à la *Notice* de M. Dupin sur le Morvan, où il a fait connaître l'existence de la communauté des Jault qui n'a été dissoute qu'en 1846, à l'étude de M. Leplay sur cette même communauté dans l'ouvrage sur les *Ouvriers Européens*, aux livres de M. C. Dareste sur l'*Histoire des classes agricoles* et de M. Doniol sur l'*Histoire des classes rurales*. Il nous sera permis de rappeler à cette occasion que, dans notre livre sur les *sections de commune et les biens communaux qui leur appartiennent*, nous avons

Digitized by Google

cherché à établir que ces associations agricoles étaient une des origines du fractionnement des biens communaux, dans les pays montagneux du centre de la France, entre un grand nombre de hameaux dépendant de la même commune. Il y a là des éléments très variés dont il serait intéressant de discerner les causes et les effets.

Ce qui nous empêche, avant tout, de considérer comme décisive l'argumentation de M. Belot, c'est que les exemples qu'il nous cite se produisent à une époque qui, pour l'ensemble, est loin d'être une époque primitive, où la propriété privée est constituée dans toute son intégralité autour de la communauté plus ou moins étendue dont il fait ressortir la formation. Par conséquent, ils ne prouvent pas qu'à des époques complètement primitives, la propriété privée de l'individu se fût étendue non-seulement aux biens meubles, mais aussi aux maisons, et aux terres qui les environnaient, avant que les terres de culture eussent été mises dans l'indivision par les familles réunies en villages ou en tribus.

Sans doute, M. Belot fait remarquer que les colons de Nantucket n'ont pas improvisé la constitution de la propriété privée et de la propriété collective dans leur petite île ; qu'ils n'ont fait que reproduire la vieille coutume écossaise de Lauder qui, d'après M. Sumner-Maine, a une forme extrêmement archaïque, et qui par suite doit reproduire, suivant M. Belot, les plus antiques usages de la propriété et de la culture germaniques.

Mais il est bien difficile d'admettre que les Germains n'aient point passé, à une certaine époque, par l'état nomade, avant d'arriver à cet état mixte dans lequel le livre de Tacite les dépeint. Il y a, à côté d'eux, d'autres peuples nomades qui sont décrits dans le dernier chapitre de la Germanie, des peuples sans armes, sans chevaux, sans maisons, sans agriculture [1]. Comment ces peuples, et les Germains avant eux, ont-ils passé de l'état nomade à l'état sédentaire?

Nous sommes étonné que, pour s'éclairer sur ce point, M. Belot

[1] « Fennis mira feritas, fœda paupertas : non arma, non equi, non pœnates; victui herba, vestitui pelles, cubile humus .....sed beatius arbitrantur quam ingemere agris, illaborare domibus... »

Digitized by Google

n'ait pas étudié la situation actuelle des tribus arabes de l'Algérie. Il aurait vu là, au même moment, les types des différentes phases par lesquelles se modifie la constitution de la propriété immobilière.

Pour certaines tribus, celles du Sahara et des hauts plateaux, nous les trouvons à l'état nomade, ne s'occupant que d'élever des troupeaux et parcourant d'immenses espaces dont les tribus elles-mêmes n'ont pas bien fixé les limites. Pour d'autres, dans les plaines du Tell, nous les trouvons à l'état demi-nomade, nomades sur un territoire limité, s'occupant à la fois de la culture des terres et de l'élevage des bestiaux, mais habitant toujours sous la tente et n'ayant pas, dans bien des cas, de cultures fixes, parce que le soin des bestiaux entraîne la tribu à des déplacements, défrichant par l'incendie des broussailles et cultivant pour une année. Enfin, en nous approchant de la côte et des villes, nous voyons des tribus en contact plus fréquent avec les Européens, où nos méthodes agricoles et les perfectionnements de la culture que permettent les irrigations sont en usage, où la vie est complètement sédentaire.

Comment est constituée la propriété chez les tribus arabes? Nous ne parlons pas ici des Kabyles, qui appartiennent à une autre race, et qui pratiquent la propriété privée pour les terres de culture comme pour les maisons. On sait combien cette question de la propriété chez les Arabes a préoccupé le gouvernement français depuis 1840. Elle a donné lieu à de nombreux remaniements de la législation en 1851, en 1863, en 1873, en 1879. Où se trouvait le propriétaire? Etait-ce l'individu, la famille, le douar, la tribu? A côté des biens du domaine public et du domaine de l'Etat, il y avait deux grandes catégories de terres diversement appropriées par les Arabes, les terres *melk* et les terres *arch*. Les unes constituaient des propriétés privées, mais avec des complications particulières, des propriétés de famille dont un membre de la famille pouvait faire annuler la vente en remboursant le prix, ce qui est fréquent dans les législations primitives. La plus grande partie des terres étaient dans une condition différente. Pendant longtemps, on admettait que, sur les terres *arch*, les tribus qui les occupaient n'avaient pas un droit de propriété, pas plus que les douars et les

Digitized by Google

individus. On ne leur attribuait qu'un droit de jouissance et l'État négociait avec elles pour cantonner leurs droits, en les consolidant, sur un territoire moins étendu. C'est le sénatus-consulte du 22 avril 1863 qui a, pour la première fois, reconnu aux tribus un droit de propriété sur ces territoires. Mais en même temps, le législateur s'est attaché, après avoir fixé les droits des tribus, à partager la propriété collective entre les douars, puis à favoriser le partage de la propriété des douars entre les individus, de façon à rendre une grande partie de la terre transmissible [1].

On voit donc, dans des faits qui ont le double avantage d'être contemporains et de s'accomplir chez un peuple resté pour une partie dans les conditions primitives, comment les peuples passent de l'état nomade à l'état sédentaire et comment la propriété collective de la tribu arrive à se transmettre aux familles et aux individus.

Il nous paraît bien difficile de dire avec M. Belot que la question de l'antériorité du communisme agraire ou de la propriété individuelle doit être non pas résolue, mais supprimée, et que les diverses espèces de propriétés immobilières ont dû se produire simultanément suivant les circonstances, même dans les temps primitifs.

D'ailleurs nous ne croyons pas exact de qualifier de communisme agraire la communauté des terres de culture, si chaque individu conserve les fruits de son travail; c'est du moins un communisme mitigé et dont les résultats sont moins nuisibles que ceux du système dans lequel tout est mis en commun.

Mais nous ne redouterions pas, pour notre part, la démonstration de ce fait qu'à l'origine des sociétés, on trouverait chez tous les peuples le communisme ou la communauté agraire. Nous n'éprouverions pas la crainte d'être obligé d'en conclure que ce passé si reculé est l'idéal de l'avenir. Loin de là. Voltaire écrivait à Jean-Jacques Rousseau, après la publication de son dis-

[1] Il faut consulter sur cette question, indépendamment des travaux législatifs de 1851, 1863, 1873 et 1879, l'ouvrage de M. Rodolphe Dareste sur *la propriété en Algérie* (2e édition, 1864), et ceux de M. Eugène Robe sur le même sujet, publiés l'un en 1864, l'autre en 1875.

Digitized by Google

cours sur *l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, où il célébre si chaleureusement les avantages de l'état de nature et déplore la propriété et la société : « Il prend envie de marcher à quatre pattes quand on a lu votre oúvrage. Cependant comme il y a plus de soixante ans que j'en ai perdu l'habitude, je sens malheureusement qu'il est impossible de la reprendre. » L'humanité ne reprendra pas non plus les habitudes des temps primitifs. Elle ne remontera pas à son berceau pour y trouver les conditions les plus parfaites de la civilisation.

LÉON AUCOC.

DE LA CONVERSION DES JUGEMENTS DE SÉPARATION DE CORPS EN JUGEMENTS DE DIVORCE,

Par M. SAINT-MARC, agrégé près la Faculté de droit de Toulouse.

ART. 310, C. civ. « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux. — Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président. — Elle sera débattue en chambre du conseil. — L'Ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution. — Le jugement sera rendu en audience publique.

ART. 4, loi du 27 juillet 1884. Les instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de la présente loi pourront être converties par les demandeurs en instances de divorce. Cette conversion pourra être demandée, même en Cour d'appel. — La procédure spéciale au divorce sera suivie à partir du dernier acte valable de la procédure en séparation de corps. — Pourront être convertis en jugements de divorce, comme il est dit à l'art. 310, tous jugements de séparation de corps devenus définitifs avant ladite promulgation.

SOMMAIRE.

1-2. Objet et plan de cette étude.
3-6. Première partie. De la demande en conversion.
7. Deuxième partie. Conditions de la demande. Trois conditions.
8. 1re condition. Un jugement de séparation de corps.
9. 2e condition. Il faut que l'un des époux demande la conversion contre l'autre.
10. 3e condition. Il faut que la séparation de corps ait duré trois ans.

Digitized by Google

11-15. Exposé et critique d'une théorie différente émise par M. Émile Labiche, rapporteur du projet de loi au Sénat.

1. Les partisans et les promoteurs de la loi du 29 juillet 1884 ne s'en dissimulent pas les imperfections. Pour faire adopter le principe du divorce ils ont été forcés d'accepter des transactions. Contents d'avoir conquis le champ de bataille, ils n'ont pas osé ou n'ont pas pu poursuivre la victoire dans toutes ses conséquences. Mais ils comptent que la pratique, tout en leur assurant le terrain, démontrera au législateur la nécessité d'aller plus loin. (Préface de M. Naquet à l'ouvrage de MM. Botton et Lebon).

Par une coïncidence singulière la première question soumise aux tribunaux est peut-être celle qui met le mieux en lumière le danger de pareils compromis. Je fais allusion à la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce. L'art. 310 du C. civ., qui en établit la possibilité, offrit au parti catholique l'occasion d'un retour offensif, et la nouvelle rédaction destinée à ménager ses susceptibilités, se ressent de la contrariété des principes auxquels elle doit sa naissance.

Une étude de la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce aurait donc le double avantage de signaler à la pratique les difficultés d'une voie qui lui est encore inconnue et d'attirer l'attention sur un des défauts de la loi nouvelle. C'est ce qui nous décide à la tenter ici.

2. Les victimes de la séparation de corps avaient fourni par leurs malheurs les arguments les plus vifs en faveur de la loi du divorce, il était juste qu'ils en fussent les premiers bénéficiaires. L'art. 4 § 3 de la loi les autorise à faire convertir en jugement de divorce le jugement qui a prononcé leur séparation de corps. Mais cet article purement transitoire renvoie pour les conditions de forme et de fond au nouvel art. 310 qui réglemente la situation des époux dont la séparation sera prononcée pour faits postérieurs à la promulgation de la loi.

Il se trouve donc par le fait qu'en étudiant la séparation pour un cas on l'étude aussi pour l'autre, et c'est ce qui nous a engagé à ne faire aucune distinction dans la rubrique de notre étude. La conversion en général, tel est notre sujet. Nous aurons soin de faire remarquer les difficultés qui s'élèvent plus particu-

Digitized by Google

lièrement à propos des jugements de séparation antérieurs à la loi de 1884.

Pour procéder avec méthode, nous diviserons notre travail en trois parties.

1° De la demande en conversion considérée en elle-même.

2° De ses conditions.

3° De la procédure et des résultats de la demande en conversion.

PREMIÈRE PARTIE. — *De la demande en conversion.*

3. C'est une vérité bien banale que pour apprécier une institution, une chose quelconque, il faut d'abord la bien connaître : mais cette vérité comme tant d'autres est quotidiennement oubliée. Pour éviter cet écueil dans la matière qui nous occupe, demandons-nous ce qu'est la conversion d'un jugement de séparation de corps en jugement de divorce. Le nom l'indique. C'est la transformation au point de vue de ses effets d'un jugement de séparation de corps, rien de plus, rien de moins. En outre de cette remarque purement terminologique, l'examen des faits qui motivent la demande en conversion nous conduit au même résultat.

Lorsqu'un époux qui avait obtenu la séparation de corps demande à substituer un état définitif de rupture à cet état hybride qui tient du mariage et du célibat sans avoir les avantages de l'un ni de l'autre, qu'invoque-t-il? Invoque-t-il des faits nouveaux? Non, car s'il se basait sur des faits nouveaux, il n'aurait aucun besoin de mettre en cause le jugement obtenu. Se base-t-il sur les faits anciens? oui si l'on veut, mais au fond ce ne sont pas ces faits anciens qu'il remet à nouveau devant le juge, ces faits ont été jugés, appréciés, il ne renonce pas au bénéfice de la chose jugée en sa faveur. En d'autres termes, s'il se basait sur des faits nouveaux, il intenterait une demande principale en divorce; s'il se basait sur les faits anciens, il autoriserait par cela même le défendeur à les contester et sa demande serait une demande en révision du jugement; ce qu'il demande c'est, non pas la révision, mais la conversion du jugement de séparation. Donc, le

Digitized by Google

fait qu'invoque le demandeur, c'est simplement l'état de séparation. Il se base sur les inconvénients reconnus de la prolongation d'un pareil état, et demande qu'on les fasse cesser en prononçant le divorce.

Supposons maintenant que la conversion soit réclamée par l'époux contre lequel aurait été prononcée la séparation de corps, notre idée apparaîtra plus évidente encore. Il est clair que cet époux ne peut pas se baser sur des faits dont il a été reconnu coupable pour demander le divorce. Il se base uniquement comme l'autre sur les inconvénients reconnus par le législateur nouveau d'une séparation de corps indéfiniment prolongée. Il demande la conversion du jugement de séparation de corps.

On formulerait très bien cette notion en ajoutant aux causes de divorce indiquées par les art. 227-233 (1° adultère ; 2° sévices, excès, injures graves ; 3° condamnation à une peine afflictive et infamante) une quatrième cause, l'état de séparation de corps prolongé au-delà d'un certain laps de temps. Le Code ne l'a pas fait parce qu'il s'occupe de pratique et non de théorie, mais les commentateurs l'ont fait pour lui. (Voy. Toullier, t. II, n° 674 ; Laurent, t. III, n° 198.)

4. Voilà l'idée qu'on doit se faire d'une demande en conversion. Nous devons maintenant rechercher si, en législation, la création de cette quatrième cause de divorce est sérieusement justifiée.

Nous sommes convaincu qu'elle était indispensable. Et d'abord écartons tout de suite l'objection religieuse. Le divorce est proscrit par l'Eglise catholique, et le fait soit de le demander, soit d'en profiter constitue un péché, nous le concédons. Mais rien dans la loi n'oblige l'époux catholique à demander le divorce ; seulement s'il veut cesser de se conduire en catholique, nous ne pouvons pas l'en empêcher quand l'intérêt de la société n'y répugne pas, et nous devons le lui faciliter quand cet intérêt y est engagé. La question est de même nature que celle de la validité du mariage purement civil. Peut-être reconnaîtra-t-on ce point, mais on ajoute que la loi, si elle protège la liberté de conscience du demandeur, ne doit pas la méconnaître chez le défendeur. Or, c'est ce qu'elle ferait en permettant à l'époux con-

Digitized by Google

damné en séparation de corps d'obtenir contre l'époux catholique innocent, la conversion de ce jugement en jugement de divorce.

La réponse à cette objection a été faite mille fois, elle se trouve dans le principe de la personnalité des peines et des fautes. Si l'époux coupable profitant de la loi civile obtient la rupture du lien conjugal, son péché retombera sur lui-même et peut-être sur le législateur, mais jamais sur l'autre époux, dont il est par conséquent illogique d'invoquer la responsabilité religieuse. Dans beaucoup de ménages, l'un des époux semble prendre à tâche de compromettre journellement son salut, et jamais les casuistes les plus rigoureux n'ont songé à en rendre l'autre époux responsable lorsqu'il n'a pu s'y opposer.

Ramenons donc la question sur le terrain purement civil, et autant que possible, sur le terrain juridique ; elle devient plus délicate.

La difficulté est la suivante. Si nous lisons l'art. 306 du Code civ., nous constatons que les causes de divorce et de séparation de corps sont les mêmes.

Il en résulte que, lorsqu'un époux ayant des griefs contre son conjoint, invoque une des causes qui, légalement constituent l'impossibilité de la vie commune, il a deux voies pour faire valoir sa plainte : la demande en séparation de corps et la demande en divorce ; il a l'option entre deux solutions, le relâchement ou la rupture du lien conjugal.

Il fait cette option en toute liberté, mais lorsqu'elle est faite, lorsqu'elle est consacrée par les conclusions du demandeur, alors se forme un quasi-contrat judiciaire donnant au défendeur un droit acquis à ce que la demande se poursuive suivant la voie adoptée. En effet, c'est l'une ou l'autre de ces deux actions, mais non toutes les deux successivement, que la loi accorde au demandeur. Par son option il se dépouille de l'une et il a droit désormais à la séparation ; le défendeur, lui aussi, peut exiger d'une part que le procès se continue sous forme de demande en séparation, d'autre part que la séparation prononcée contre lui reste la règle de la situation des deux époux. Voilà ce qu'il importe de comprendre si l'on veut bien apprécier la portée de la loi qui

Digitized by Google

permet la conversion. Il faut comprendre que, juridiquement, tout changement sollicité par l'un est enrayé par les droits de l'autre.

Ces raisons ne visent que les séparations de corps pour faits postérieurs à la promulgation de la nouvelle loi. C'est à propos d'elles seulement que l'on peut parler d'option, mais, pour les séparations antérieures, les droits des deux parties au maintien de la séparation ne sont pas moins respectables ; le demandeur y a droit parce que, même depuis la loi nouvelle, il aurait pu réclamer la séparation; le défendeur y a droit parce qu'il s'est marié sous une législation qui établissait l'indissolubilité du mariage.

Voilà les résultats des principes juridiques. Mais le droit n'est que l'ensemble des conditions auxquelles l'homme doit se soumettre pour faciliter la vie sociale, il n'est que le moyen de satisfaire aux besoins sociaux; lorsqu'une de ses règles appliquée à l'excès leur serait contraire, aussitôt il en naît une autre qui procure leur accomplissement. N'est-ce pas le cas dans notre matière? Etait-il bon que les deux époux restassent indéfiniment dans cet état indécis, dont les dangers avaient été si éloquemment signalés? Du moment où les Chambres adoptaient le principe du divorce, elles ne pouvaient hésiter, et c'est pourquoi dans un intérêt d'ordre public elles ont permis à chacun des deux époux, moyennant la réunion de certaines conditions, de demander la substitution d'un état de rupture définitive à l'état de simple relâchement du lien conjugal.

6. La conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce est donc une concession réclamée par l'intérêt public, de l'époux qui désirerait le maintien de la séparation de corps. Cette conception éclairera pour nous l'étude des conditions de la demande; elle nous explique dès à présent la rétroactivité de la loi à l'égard des séparations de corps prononcées antérieurement à la promulgation. En vain M. de Gavardie, dont les observations sont souvent plus juridiques qu'on ne pourrait le croire, prétendait-il qu'il était injuste d'enlever aux conjoints séparés de corps leur droit acquis au maintien de cet état de séparation (Off. 25 juin, p. 1196, Sénat), cette observation eût été vraie si le principe du divorce n'avait pas été reconnu

Digitized by Google

comme d'ordre public; devant l'ordre public il n'est pas de droits acquis et l'art. 2 du Code civil ne s'applique pas. Nous croyons donc que, même en l'absence d'une disposition spéciale, les jugements de séparation antérieurs à la loi de 1884 eussent été régulièrement l'objet de demandes en conversion, mais nous nous félicitons toutefois, que, pour couper court aux doutes, le législateur ait formellement consacré cette possibilité par la disposition transitoire de l'art. 4, § 3.

Mais si l'utilité de la conversion et sa possibilité juridique ne peuvent être mises en doute, on comprend que le législateur ne devait pas sacrifier à la légère l'intérêt privé, et pouvait exiger pour l'admission de la demande la réunion de certaines conditions. C'est à l'examen de celles-ci que nous allons maintenant nous livrer.

Deuxième partie. — *Conditions d'admission de la demande en divorce.*

7. Les conditions indiquées dans l'art. 4, § 3 et dans le nouvel art. 310 sont les suivantes :

1° Que les deux époux aient été séparés par un jugement.

2° Que l'un des époux demande la conversion contre l'autre.

3° Que la séparation ait duré trois ans.

Ces conditions sont nécessaires, mais nous aurons à examiner si elles sont également suffisantes et quels sont les pouvoirs du juge lorsqu'il en aura constaté la réunion.

8. Première condition : *Un jugement a dû prononcer la séparation de corps des époux.*

La nécessité d'un jugement est évidente, puisque c'est la conversion de ce jugement qu'on sollicite (art. 4, § 3 et art. 310, C. civ.). Ainsi, une séparation de fait, quelque graves que puissent en être les motifs, quelque prolongée qu'en ait pû être la durée, ne saurait autoriser une demande en conversion. Pour obtenir le divorce il faudrait dans ce cas intenter une demande principale en divorce, employer la procédure ordinaire (Voy. art. 234 et suiv.).

Cette première condition est bien simple, elle pourrait cepen-

Digitized by Google

dant être mal comprise si l'on ne se rendait compte de la rédaction des articles où elle est exigée.

L'art. 310, C. civ., règle les conséquences des faits qui se sont produits sous son empire. Lorsque ces faits auront amené une séparation de corps, le jugement pourra être converti en jugement de divorce.

L'art. 4 de la loi de 1884 règle les conséquences des faits passés antérieurement à la promulgation de la loi nouvelle et alors il distingue deux hypothèses. Le procès est-il encore pendant à ce moment, le demandeur aura la faculté de transformer immédiatement sa demande en séparation en demande de divorce. Ainsi, il n'aura pas besoin plus tard de demander la conversion (art. 4, § 1 et 2).

Si au contraire, à ce moment, le jugement était définitif, alors il faudra attendre les trois années réglementaires, c'est au bout de ce temps seulement qu'on pourra obtenir la conversion du jugement de séparation (§ 3).

Mais il est bien d'autres hypothèses qui ont échappé au législateur, notamment les suivantes:

1° Alors même que le procès en séparation était pendant, on peut supposer que le demandeur n'a pas cru devoir profiter de la faculté que lui offrait la loi, d'obtenir immédiatement le divorce. Lui refuserons-nous pour cela le droit de demander la conversion après trois ans, sous prétexte qu'il n'est pas dans les termes de l'art. 4, § 3, c'est-à-dire que le jugement prononçant la séparation de corps n'était pas définitif avant la promulgation de la loi nouvelle ?

2° Dans la même hypothèse, en supposant en outre que le demandeur qui a obtenu la séparation de corps se contente de cet état, refuserons-nous au défendeur condamné le droit de demander la conversion parce que le jugement qui l'a condamné n'était pas définitif au moment de la promulgation de la loi nouvelle?

Pour résoudre ces difficultés il faut nous reporter aux principes. Nous avons essayé de démontrer dans le n° 6 de notre dissertation que, juridiquement, la loi nouvelle étant d'ordre public, rétroagit. En principe, l'art. 310, C. civ., doit régler toutes les séparations de corps obtenues soit avant, soit depuis le 29 juillet 1884.

Digitized by Google

Qu'en résulte-t-il? C'est que, si dans les mesures transitoires quelque hypothèse a été oubliée, elle doit être réglée par l'art. 310. C'est ce que nous ferons ici. Concluons donc que tout jugement de séparation de corps, qu'il soit ou non devenu définitif avant la promulgation de la loi, peut donner lieu à une demande en conversion.

Du reste, la négligence du législateur à prévoir nos deux hypothèses s'explique très simplement; il a supposé que tout demandeur dans une instance encore pendante au moment de la promulgation, s'empresserait de convertir la procédure en procédure de divorce, et c'est pourquoi, la conversion du jugement étant devenue inutile dans ce cas par la conversion de procédure, il n'a pas cru devoir s'en occuper. Mais il n'a statué là que sur les cas les plus fréquents, « *de eo quod plerumque fit* »; pour les cas non prévus il faut retourner aux principes, et les principes, je le répète, demandent l'application pure et simple de l'art. 310 sans distinction.

9. Deuxième condition. *Il faut que l'un des époux demande la conversion contre l'autre.*

La formule même de cette condition nous montre que le mariage doit encore durer : en effet s'il était dissous, soit par la mort d'un des époux, soit par le divorce obtenu pour faits nouveaux, il n'y aurait plus à proprement parler d'époux, et notre deuxième condition serait irréalisable. Cela se comprend très bien; comment demanderait-on la rupture d'un lien qui n'existe plus?

Sous le bénéfice de cette observation, remarquez que les deux époux sont également admis à solliciter la conversion, sans différence entre l'époux qui a obtenu la séparation et celui contre lequel elle a été prononcée, sans distinction entre le mari et la femme. Le Code civil était moins large : il n'accordait ce droit qu'au défendeur condamné, et encore, pourvu que la séparation de corps n'eût pas été prononcée pour cause d'adultère de la femme. Nous verrons plus bas que, d'après quelques auteurs, cette rédaction de l'art. 310 n'impliquait pas impossibilité, pour le demandeur, de demander la conversion (Cpr. nos 12 et 13). Je prends actuellement le texte tel qu'il est, tel que l'interprète l'opinion commune, et je cherche à m'en rendre compte.

Digitized by Google

En ce qui concerne le demandeur, on comprend que les rédacteurs du Code lui aient refusé le droit de demander la conversion : il avait eu l'option, on ne doit pas encourager le caprice en lui permettant de revenir sur son choix.

En ce qui concerne le défendeur, on comprend très bien qu'au bout d'un certain laps de temps il demande à sortir d'une situation équivoque ; ou bien, en effet, les griefs du demandeur sont tels que la vie commune ne peut plus jamais recommencer, et alors il importe que le défendeur ne soit pas condamné à un célibat perpétuel, ou bien ils n'interdisaient pas d'espérer une réconciliation, et alors le laps de trois ans constitue le délai normal après lequel les haines doivent être apaisées, si elles sont de nature à jamais disparaître. Le demandeur doit donc ou se déclarer prêt à reprendre immédiatement la vie commune ou accepter le divorce.

Cette dernière solution, quelque blâmée qu'elle ait été, soit par les adversaires, soit par les partisans même du divorce (Laurent, t. III, n° 198), me paraît, je l'avoue, de tout point excellente, et j'espère démontrer par la suite de ce travail que le plus sage serait d'y revenir.

Notre nouvel art. 310 se l'approprie pour partie seulement. Il décide que tout défendeur pourra demander la séparation de corps, sans ajouter toutefois que ce sera un droit pour lui de l'obtenir ; mais le législateur a eu raison d'étendre cette faculté à tout défendeur, fût-ce à une femme adultère : car, la condamner au célibat, c'est l'enfoncer plus avant dans l'immoralité. Il a raison aussi d'accorder cette faculté au demandeur lui-même ; c'est ce dernier point seul qui demande quelque explication.

Sans doute on peut objecter au demandeur l'option faite par lui-même et lui en imposer les conséquences. Mais il faut aussi considérer les choses à un point de vue plus large et se demander s'il n'est pas de l'intérêt social que le demandeur (innocent puisqu'il a obtenu la séparation de corps) puisse fonder une nouvelle famille aussi bien que l'époux coupable. D'ailleurs, pourquoi a-t-il opté pour la séparation ? ce peut être pour trois motifs, ou par scrupule religieux, ou par espoir d'un repentir de l'époux coupable, ou parce que la gravité des faits ne lui paraissait pas

Digitized by Google

assez considérable pour amener le juge à prononcer le divorce, quoique suffisante pour lui faire accorder la séparation de corps.

Si c'est par scrupules religieux, n'est-ce pas porter atteinte à sa liberté de conscience que de l'empêcher de les répudier ? Si c'est par espoir d'une reconciliation, ne doit-on pas juger que, n'ayant pas eu lieu dans les trois ans, elle ne se produira jamais; enfin si l'injure avait paru légère dans le principe, ne s'est-elle pas aggravée par la persistance du défendeur à ne s'en point repentir [1] ?

Il est donc utile et il n'est point injuste de l'autoriser à provoquer la rupture définitive de cette union dont il n'avait tout d'abord réclamé que le relâchement.

10. Troisième condition. *Il faut que la séparation de corps ait duré au moins trois ans.*

Nous prendrons le point de départ des trois ans, au moment où la décision de la justice a été définitive, c'est-à-dire a créé l'état de séparation de corps; je ne puis m'appesantir sur ce point.

Cette troisième condition est le complément obligé de la seconde.

On ne peut pas favoriser le caprice du demandeur en lui donnant la faculté de revenir immédiatement sur son choix. On ne peut pas soustraire tout de suite le défendeur coupable à l'état de séparation que son conjoint a eu le droit de lui imposer. Il fallait donc que la séparation eût duré un certain délai, pour que l'un ou l'autre des époux fût autorisé à se plaindre de cet état et à en demander la conversion. Rappelons-nous en effet que la conversion est un sacrifice imposé par l'intérêt public à l'intérêt privé et qu'il ne faut pas l'exiger à la légère (Voy. n° 5).

Remarquez d'ailleurs que ce délai est nécessaire aussi bien pour la conversion des jugements de séparation antérieurs à la loi que pour celle des jugements qui interviendront depuis.

En effet, l'art. 4, § 3, dont la disposition réglemente les premiers, renvoie à l'art. 310, Cod. civ., qui réglemente les seconds,

[1] D'ailleurs en droit nous ne devrions pas entrer dans ces considérations. Les causes de séparation de corps et de divorce étant les mêmes (art. 306), on doit supposer que le juge aurait aussi bien prononcé le divorce que la séparation de corps.

Digitized by Google

et où cette condition est formellement exprimée. Ce renvoi pur et simple est intentionnel et implique bien la volonté de soumettre la conversion de tous ces jugements à la même condition (V. Sénat, *Officiel*, 8 juin, p. 1057).

C'est ce qu'a formellement expliqué le rapporteur de la loi votée par le Sénat à la Chambre des députés (Voy. Jug. trib. de la Seine, *Droit* du 20 août 1884). Il y avait, en effet, pour tous ces jugements à peu près identité de raisons en ce qui concerne les défendeurs, et, quant aux demandeurs, on pouvait sans trop d'inconvénients apposer cette condition à la faveur dont les gratifiait la rétroactivité de la loi.

11. Les raisons que je viens de donner, outre qu'elles justifient l'existence de notre troisième condition, tendent même à prouver qu'il faudrait l'insérer dans la loi si elle n'y était pas. Mais bien différente de la nôtre est la théorie émise au Sénat par le rapporteur du projet de loi, M. Emile Labiche. Aux yeux du rapporteur, la condition du délai de trois ans n'est aucunement nécessaire en ce qui concerne le demandeur : celui-ci, lorsqu'il s'y conformera, jouira du bénéfice de la procédure plus rapide organisée par l'art. 310, mais il pourra s'en dispenser en réclamant le divorce par la voie de la procédure ordinaire. « Selon « moi, dit le rapporteur, la faculté d'invoquer après trois ans la « procédure de faveur de la conversion n'est jamais un obstacle « à ce qu'on use, avant ou après trois ans, de la procédure de « droit commun pour demander le divorce, soit qu'il y ait des « faits nouveaux à invoquer, soit qu'on s'appuie seulement sur « des faits anciens, car ces faits anciens n'ont jamais été appré- « ciés au regard d'une demande en divorce puisqu'il n'y a ja- « mais eu qu'une demande en séparation; au regard du divorce, « il n'y a donc pas chose jugée. »

12. Ce qu'il y a de singulier dans cette opinion, c'est qu'elle se donne comme conforme aux principes, et non comme une innovation.

Il semble à l'en croire que, même dans le Code civil, où l'ancien art. 310 n'accordait expressément qu'au défendeur la faculté de demander la conversion, on eût dû également l'accorder au demandeur et sans aucune condition de temps.

Digitized by Google

Nous avons eu la curiosité de nous reporter non point aux principes, car à notre avis, à moins d'un texte formel, ils ne souffrent pas le retour du demandeur sur son option (Voy. n° 5), mais aux travaux préparatoires du Code civil. Il est très remarquable que l'opinion du rapporteur de 1884 soit également celle des rédacteurs de 1804. Sur ce point le doute n'est pas possible (Voy. Fenet, t. 9, p. 431).

« M. Tronchet rappelle que la séparation de corps n'a été « admise que pour ne pas mettre en opposition avec la loi, la « conscience de ceux qui croient le mariage indissoluble; il « demande si l'époux qui, à raison de sa croyance religieuse, a « préféré demander la séparation de corps, doit être admis « ensuite à prétendre qu'il ne professe pas le culte auquel il a « annoncé être attaché et dans lequel il a été marié, et demande « que la séparation soit convertie en divorce. »

Ici je supprime une réponse de M. Jollivet et une réplique de Tronchet, qui paraissent un peu s'égarer de la question. « M. Por- « talis dit que la loi ne voit plus dans le mariage qu'un contrat, « et n'en fait dépendre la validité que de formes purement ci- « viles. Les cérémonies du culte n'ajoutent rien à cette validité : « c'est aux parties à se régler à cet égard d'après leur conscience. « Cette question est donc purement théologique. Il est possible « que des personnes se soumettent à un acte religieux prescrit « par un culte qu'elles ne professent pas, que dans la suite elles « changent de culte, elles ont à cet égard la plus entière liberté. « La double action en divorce et en séparation de corps n'a été « établie que pour mettre toutes les consciences à l'aise. »

Enfin, voici qui ne comporte aucune ambiguité. On avait décidé dans l'art. 68 du projet (depuis art. 298) que la femme adultère ne serait pas déchue, contrairement à ce que demandaient quelques-uns, de la faculté de se remarier, sinon avec son complice. Cette observation permet de saisir la portée de l'opinion que M. Réal émet immédiatement après M. Portalis.

« M. Réal dit que, d'après l'amendement fait à l'art. 68, la « femme adultère divorcée peut se remarier, que cependant « l'art. 82 (depuis art. 310) la priverait de cette faculté dans le « cas de la séparation de corps, puisque *n'étant pas demande-*

Digitized by Google

« *resse*, il ne lui reste aucun moyen de couvertir la séparation « de corps en divorce. »

Ainsi M. Réal se plaint de ce que l'art. 310, interdisant à la femme adultère condamnée de faire convertir la séparation de corps en divorce, la prive de la faculté de se remarier; pourquoi? parce que l'art. 310 frappe de cette déchéance la femme adultère défenderesse à la séparation de corps. Il en serait autrement, dit M. Réal, si elle eût été demanderesse. Personne, dans le Conseil d'État, ne releva cette théorie émise par M. Réal, comme personne, au Sénat, n'a relevé celle de M. Labiche.

13. Et cependant pouvons-nous les accepter? Ne sont-elles pas contraires à la fois au texte et aux principes, et par suite dénuées de valeur?

Et d'abord, la jurisprudence a-t-elle interprété l'art. 310 dans le sens que lui attribuent MM. Réal et Labiche?

Elle a décidé que l'option faite par le demandeur confère un droit acquis au défendeur, droit qu'un texte formel seul pourrait lui enlever (Voy. Aix, 27 nov. 1809, S. 11. 2. 60. Cf., Bruxelles, 28 janvier 1859, Pas., 1859. 2. 256).

Or de pareil texte, dans le Code, nous n'en trouvons pas, et voilà pourquoi il fallait décider à cette époque que le défendeur seul pouvait demander la conversion (Cpr. n° 9; Cf. Laurent, t. III, n° 200).

Il y en a un dans la loi de 1884, mais ce texte subordonne la faveur qu'il fait au demandeur à l'expiration d'un délai de trois ans. Concluons-en que cette condition est de rigueur, et qu'elle est exigée non-seulement en vue des facilités de la procédure de conversion, mais pour l'acquisition du droit même de conversion. En d'autres termes, le divorce ne peut succéder à la séparation de corps que par la voie de la conversion et à l'expiration d'un laps de temps de trois ans.

14. D'ailleurs, à quoi aurait abouti et à quoi aboutirait la théorie des rédacteurs du Code et celle du rapporteur?

Comme elle part de cette idée que le quasi-contrat judiciaire intervenu dans le procès en séparation de corps n'implique en rien l'abandon du droit à demander le divorce, elle amène à dire, comme l'a fait le rapporteur, que la chose jugée dans la sépara-

Digitized by Google

tion de corps n'a aucune autorité au regard d'une demande en divorce basée sur les mêmes faits.

Et alors il faut en conclure que le demandeur en séparation peut demander le divorce, non-seulement quand il a triomphé dans la séparation de corps, mais encore lorsqu'il a succombé.

Or, cette solution est inacceptable; ou l'on admet que la séparation de corps et le divorce sont des situations de nature tout à fait différente, et alors il faut reconnaître que le demandeur ayant eu l'option entre les deux, ne peut plus, au mépris des droits du défendeur, réclamer l'une après avoir choisi l'autre (Cpr. n° 5); ou bien on reconnaît qu'entre les deux situations il y a identité de nature, mais différence d'intensité, la séparation de corps étant à un degré moindre la même chose que le divorce; et alors il faut ajouter qu'il est juridiquement impossible que le demandeur, ayant échoué en demandant le moins, la séparation de corps, puisse être accueilli par les tribunaux lorsque pour les mêmes faits il réclame le plus, c'est-à-dire le divorce.

15. Indépendamment de cette objection théorique, en voici d'autres tirées de considérations pratiques.

Sous le Code, comment aurait-on organisé la procédure? M. Labiche nous dira sans doute que le demandeur aurait dû user de la procédure ordinaire? mais alors il réclamerait non la conversion, mais le divorce purement et simplement. Or, MM. Tronchet et Réal n'avaient parlé que de conversion.

En nous plaçant sous la loi actuelle, supposons que conformément à l'opinion du rapporteur le demandeur qui obtient la séparation de corps, intente avant les trois ans la demande en divorce et soit repoussé, pourra-t-il, à l'expiration des trois ans, négliger cet échec, et demander selon la procédure de l'art. 310, la conversion du jugement de séparation de corps?

Ces diverses objections nous paraissent assez sérieuses, pour nous confirmer dans l'opinion qui exige comme condition de la possibilité d'un divorce succédant à une séparation de corps, l'expiration d'un laps de temps de trois ans depuis le jugement de séparation.

SAINT-MARC.

(La suite prochainement).

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE

CODE DES TRANSPORTS DE MARCHANDISES ET DE VOYAGEURS PAR CHEMINS DE FER,

Par M. Féraud-Giraud, conseiller à la Cour de cassation.
Compte-rendu par M. Louis Sarrut, docteur en droit,
Substitut près la Cour d'appel de Paris.

Les recueils de jurisprudence et leur complément nécessaire, les Codes annotés, prennent de jour en jour un développement plus considérable. Le praticien, obligé d'aller vite, intéressé à connaître avant tout la solution qui prévaut, y trouve assurément profit. En est-il de même pour le jurisconsulte? On peut en douter. Les décisions de la jurisprudence signalent les espèces fréquentes en pratique, montrent comment dans la réalité des faits le droit est mis en mouvement. Grâce à l'expérience quotidienne des questions les plus variées, le magistrat est à même de signaler les inconvénients pratiques d'une opinion doctrinale et d'adapter nos lois, par une prudente évolution, aux besoins contemporains. Enfin, quand une solution peut compter des autorités de jurisprudence considérables et nombreuses, elle doit être considérée comme acquise, car il importe à l'intérêt public que les citoyens soient fixés sur le droit. A ces divers points de vue, les ouvrages de jurisprudence sont précieux, indispensables même. Mais, depuis un certain nombre d'années, ils tendent à prendre le pas sur les ouvrages de doctrine, et cela nous semble regrettable. Les traités théoriques enseignent le droit, ils posent les règles générales qui doivent présider à la solution des espèces. « La science du droit, a écrit Merlin, consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables. » Nous dirons plus simplement que la science du droit consiste dans la connaissance des principes. Si la solution qu'on propose dans une espèce est ramenée à un principe, mon esprit la retient aisément, car elle fait partie de mes notions juridiques et s'harmonise avec elles; m'est-elle donnée au contraire sans corrélation avec une règle générale, avec cet unique motif « il a été jugé », elle peut enrichir ma mémoire, mais quand l'espèce

Digitized by Google

ne sera pas identique, manquant d'orientation, je ne saurai me guider. Ce qu'il importe avant tout de connaître, c'est le motif juridique, la raison première, ce pourquoi on décide, de même que la cause, ce pourquoi on s'oblige, est essentielle dans les contrats.

Or, la jurisprudence considérée dans son ensemble, présente fréquemment ce défaut de ne point déduire les solutions d'un principe; le dispositif n'est point préparé par une règle générale posée dans les motifs. Habitué par la multiplicité des procès à ne voir que des espèces, enclin à se prononcer par des considérations de bon sens et d'équité, parfois même par impression, le juge se préoccupe surtout du jugé : les motifs l'intéressent moins. Le plus souvent d'ailleurs, nommé dès la sortie de l'Ecole, absorbé par l'administration et la procédure criminelle, le magistrat n'envisage le droit que dans le cadre étroit du dossier, sous les questions que les conclusions lui soumettent; il tente rarement des études générales qu'il croit inutiles ou pour lesquelles le temps fait défaut, et ainsi, par la force même des choses, il devient le juge du fait, le juge d'une espèce.

A plus forte raison, les monuments de jurisprudence, résumé des arrêts, ne peuvent-ils donner les notions générales et poser les points de repère. Ils provoquent même la confusion dans l'esprit par l'exposé successif de solutions contraires, quand ils n'ont pas pour résultat, en signalant une jurisprudence constante, d'empêcher tout examen et de faire accepter *a priori* comme justes des solutions fort contestables.

L'ouvrage de M. Féraud-Giraud n'est point un simple exposé de la jurisprudence. Le plus souvent le motif juridique des solutions proposées est indiqué, du moins sommairement. Mais ce n'est pas non plus un véritable traité théorique. L'auteur, retenu par le titre même qu'il avait choisi, *Code* des transports ou *Manuel pratique*, n'a pu donner à son travail cette large envergure, cette composition didactique et d'ensemble qui caractérise les ouvrages de doctrine, et dont M. Féraud-Giraud a fourni lui-même de précieux modèles. Préoccupé avant tout de présenter un exposé complet de la jurisprudence, l'auteur a fractionné les chapitres en une série de questions distinctes, détachées par des

Digitized by Google

sommaires. De la sorte, le lien qui doit réunir les diverses solutions, les ramener à un même point de départ, n'apparaît pas nettement. Parfois même l'auteur, arrêté par une jurisprudence constante, se borne à émettre des doutes et avoue ne pas oser la combattre : ailleurs il s'en tient à l'exposé succinct des systèmes et ne prend parti pour aucun [1]. Considéré comme relevé des solutions adoptées en jurisprudence, l'ouvrage de M. Féraud-Giraud est assurément très-complet, mais au point de vue doctrinal, nous croyons pouvoir nous permettre de signaler quelques lacunes.

Prenons un exemple parmi plusieurs. On connaît la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de clause de non-responsabilité. Cette clause, insérée dans les tarifs homologués, a pour effet, sinon d'affranchir les compagnies de chemins de fer de la responsabilité de leurs fautes, du moins de déplacer le fardeau de la preuve : la présomption de faute existe contre l'expéditeur ou le destinataire. M. Féraud-Giraud signale et approuve cette jurisprudence (vol. 2, n° 797), mais ni l'auteur ni les arrêts ne donnent la raison juridique d'une telle solution. Antérieurement à l'année 1874, la Cour de cassation tenait pareille clause pour nulle et non avenue. Ne conviendrait-il pas de justifier, au moins d'un mot, si la justification est possible, cette nouvelle jurisprudence ? Des objections graves se présentent à l'esprit du jurisconsulte. La clause dont s'agit est ainsi conçue : « La compagnie ne répond pas des avaries et déchets de route. » Certes elle est nette et précise. En décidant que cette clause déplace l'obligation de la preuve, la Cour de cassation en méconnaît les termes et s'arroge un droit d'interprétation qui n'appartient au juge qu'à l'égard de dispositions obscures ou ambigües. D'autre part, la Cour de cassation proclame dans d'innombrables arrêts l'obligation stricte pour le juge d'appliquer à la lettre les clauses des tarifs homologués. Comment concilier ces deux jurisprudences ? Ajoutons que les tarifs des compagnies de chemins de fer revêtent par l'homologation ministérielle le caractère d'actes administratifs et que, dès lors, en vertu de principes universellement acceptés, l'interprétation en est interdite aux tribunaux ordinaires. La jurisprudence de la Cour de cassation semble donc

[1] V. notamment vol. 2, n° 927 ; vol. 2, n° 101.

Digitized by Google

prêter à critique. Aussi peut-on regretter qu'à l'appui de cette jurisprudence aucun motif juridique ne soit donné ni dans les arrêts ni dans les traités des auteurs qui se rangent à cette jurisprudence. Le lecteur sait fort bien que la Cour de cassation juge de telle manière, mais il ignore pourquoi. Le jurisconsulte n'a donc rien appris.

Parmi les solutions de la jurisprudence auxquelles M. Féraud-Giraud donne son adhésion motivée, il en est quelques-unes notamment à l'occasion desquelles nous croyons devoir émettre un sentiment opposé.

Ces dernières années une question d'un très grand intérêt pratique s'est présentée devant la Cour d'Amiens. L'article 1784 du Code civil, qui déclare le transporteur responsable de la perte et des avaries des choses qui lui sont confiées, s'applique-t-il aux personnes? En d'autres termes, la compagnie de chemins de fer est-elle présumée en faute lors d'un accident survenu à un voyageur, le voyageur doit-il, au contraire, prouver la faute de la compagnie? La Cour d'Amiens a répondu, par arrêt du 29 décembre 1881 (D. 82. 2. 163), que l'article 1784 du Code civil ne vise que le transport des choses et que le transport des voyageurs doit être régi, conformément au droit commun, par les articles 1382 et suivants du Code civil. M. Féraud-Giraud approuve cette décision (vol. 3, p. 316). Bien que la Chambre civile de la Cour de cassation ait rejeté le pourvoi (arrêt du 10 novembre 1884), nous tenons cette solution pour inexacte. Elle procède selon nous de la confusion si fréquente en doctrine et en jurisprudence entre la faute contractuelle et la faute délictuelle ou quasi-délictuelle. J'ai pris un billet à une gare de chemin de fer, je suis monté en wagon, avant que je sois sorti de la gare d'arrivée, je suis tué par un train passant sur la voie; telle était l'espèce soumise à la Cour d'Amiens. La Cour impose à mes héritiers l'obligation de faire, en conformité de l'article 1382 du Code civil, la preuve de la faute de la compagnie. Mais en vérité l'article 1382 n'est point ici à sa place. La compagnie de chemin de fer est liée envers moi par un contrat que constate la délivrance du billet; elle doit me transporter à destination dans des conditions déterminées de délai et de sécurité. Il a été bien entendu, j'imagine,

Digitized by Google

quand j'ai payé mon billet, que j'arriverais sain et sauf. Je suis blessé ou tué : la compagnie n'a pas rempli son obligation, il y a *faute contractuelle*. Aux motifs donnés par la Cour d'Amiens, M. Féraud-Giraud ajoute que « les voyageurs ne sont pas des colis et ne peuvent être traités comme tels dans l'application des lois sur la responsabilité en matière de transports. » Sans doute, mais ne semble-t-il pas que les voyageurs valent un peu mieux que les colis et que les compagnies de chemins de fer doivent être plus rigoureusement tenues de veiller à la sécurité des personnes qu'à la conservation des marchandises? L'article 1784 du Code civil, comme l'a fort bien jugé la Cour de Paris le 27 novembre 1866 (S. 67. 2. 320), s'applique aux voyageurs par *a fortiori*, ou plutôt, la disposition insérée dans cet article régirait le transport des marchandises alors même qu'elle n'aurait pas été expressément édictée, car elle est la consécration de ce principe général que le débiteur d'un corps certain doit le rendre dans l'état dans lequel il l'a reçu.

La déchéance résultant de la réception des marchandises et du paiement du prix de la voiture (art. 105, C. com.), peut-elle être invoquée par des compagnies de chemin de fer à l'encontre des actions en répétition de surtaxes? Ces actions procèdent de causes diverses qu'une analyse subtile conduit à classer en trois catégories. Les parties reconnaissent que le contrat de transport a été régulièrement accompli, aucune difficulté ne surgit ni quant à l'itinéraire ni quant au tarif, mais les calculs sont inexacts, les employés de la Compagnie se sont trompés dans les additions ou les multiplications. L'erreur est évidemment étrangère au contrat de transport, elle résulte d'une fausse opération mathématique, elle est bien moins le fait du transporteur que le fait du calculateur. Jurisprudence et doctrine s'accordent à reconnaître que l'exception de l'article 105 est inopposable dans cette hypothèse. Supposons les calculs exacts, mais les bases en sont contestées; le tarif général a été appliqué, l'expéditeur prétend qu'il devait le prix réduit du tarif spécial; ou bien la marchandise a été taxée aux prix de la série A, quand elle appartenait à la série B, ou bien enfin elle ne figurait pas dans la nomenclature du tarif. Dans cette hypothèse, il y a fausse application de tarif, erreur

Digitized by Google

dans le choix des tarifs. L'article 105 doit être écarté. Les tarifs homologués sont la loi stricte des parties, il est formellement interdit aux Compagnies et aux particuliers d'y apporter une dérogation quelconque. La Compagnie ne peut donc percevoir au-delà de ce que les tarifs lui accordent. L'expéditeur ou le destinataire ne peuvent couvrir par leur silence ou leur ratification une perception illicite, interdite par des considérations d'ordre public. On ne rencontre pas la présomption qui sert de base à l'article 105, renonciation par l'expéditeur à des droits susceptibles de transaction. Enfin on peut supposer tout à la fois que les calculs mathématiques sont exacts, et que les tarifs ont été régulièrement appliqués; mais la marchandise a suivi un itinéraire trop long, de là une élévation de prix; ou bien la Compagnie n'a pas déchargé les wagons dès leur arrivée et a de la sorte perçu des droits de stationnement, droits bien plus élevés que ceux de magasinage. La déchéance est-elle encourue par le destinataire qui prétend avoir trop payé? La jurisprudence de la Cour de cassation est hésitante et confuse [1]. Après avoir posé nettement en principe que l'exception de l'article 105 est inadmissible au cas d'erreur matérielle de calcul ou de fausse application de tarif, elle l'autorise au contraire à l'encontre des fautes commises dans l'accomplissement du contrat de transport. Cette distinction est assurément séduisante dans sa formule, mais elle présente en pratique de graves difficultés, si bien que la Cour de cassation a été conduite à la méconnaître. C'est ainsi que les arrêts des 25 avril 1877, 25 mai 1880, 14 décembre 1880, admettent qu'il y a faute dans l'exécution du contrat de transport alors qu'il s'agissait cependant de savoir sous le régime de quel tarif la marchandise aurait dû voyager. La contestation portait donc bien sur l'application des tarifs et l'exception de l'acticle 105

[1] Voici le relevé complet des arrêts de la Cour de cassation sur la question des surtaxes. Civ. cass. 25 avril 1877 (2 arrêts) S. 77. 1. 425; D. 77. 1. 198. Req. 8 janvier 1879, S. 79. 1. 79; D. 79. 1. 105. Civ. cass. 2 juillet 1879, S. 80. 1. 84. Civ. rejet 25 mai (non mars) 1880, S. 81. 1. 34, D. 80. 1. 312. Civ. cass. 14 décembre 1880, 21 décembre 1880; S. 83. 1. 273; Civ. cass. 19 juillet 1881. S. 83. 1. 273; D. 81. 1. 479. Civ. cass. 16 nov. 1881, S. 82. 1. 478; D. 82. 1. 207. Civ. cass. 27 nov. 1882, S. 83. 1. 417; D. 83. 1. 154; Civ. cass. 24 décembre 1884 (Comp. chemin de fer d'Orléans c. Nourry).

Digitized by Google

aurait dû être repoussée. D'autre part, la fausse direction de la marchandise, qui apparaît comme l'exemple le plus frappant de la faute commise dans l'exécution du contrat de transport proviendra d'ordinaire en pratique d'une fausse application de tarif. C'est ainsi que dans l'espèce jugée par un des arrêts du 25 avril 1877 (Delhon), la Compagnie, appliquant le tarif commun n° 81, avait fait suivre la voie de Gray, tandis que le destinataire prétendait qu'on aurait dû appliquer le tarif commun n° 1, en vertu duquel les marchandises auraient été expédiées par Paris-Ceinture; c'est ainsi encore, que, lors de l'arrêt du 19 juillet 1881, si la Compagnie avait appliqué le tarif général, la marchandise aurait emprunté la voie la plus directe. La contestation sur l'itinéraire n'était donc que l'accessoire d'une question principale ; quel tarif aurait dû être appliqué ? Seuls les arrêts du 2 juillet 1879 et du 21 décembre 1880 statuent sur des espèces nettement débarrassées de toute contestation sur le tarif applicable.

M. Féraud-Giraud propose bien des distinctions (vol. 2, nos 900 et suiv.). D'un côté, les erreurs matérielles de calcul, de l'autre les contestations sur les tarifs applicables. L'article 105 écarté dans le premier cas régit le second [1]. Aux erreurs de calcul il faudrait assimiler la fausse application d'un tarif quand les parties seraient d'accord pour la reconnaître et pour désigner le tarif d'après lequel le calcul devait être établi. D'autre part, les actions basées sur une faute de la Compagnie, telle qu'un stationnement prolongé des marchandises sur les wagons ou la fausse direction, seraient repoussées par l'article 105. De même pour les infractions au contrat de transport, et il faut considérer comme se rat-

[1] « Si au contraire la discussion se produit sur le choix des tarifs, sur la détermination de celui de ces tarifs qui était applicable, que l'on considère le raisonnement comme subtil ou non, il faut bien reconnaître qu'il ne s'agira plus d'une simple erreur de calcul à débattre, constater et relever le cas échéant, mais d'une difficulté relative aux conditions du transport, d'un procès véritable sur les conditions auxquelles était soumis le transport, sur l'appréciation des clauses du contrat de transport. Il ne s'agira plus de relever une erreur de calcul, mais de décider quel était le tarif applicable, et dès lors d'une véritable action judiciaire contre le voiturier, que l'article 105 déclare éteinte par la réception de la marchandise et le paiement du prix. » Vol. 2, p. 187.

Digitized by Google

tachant à ces sortes d'infractions les difficultés procédant de ce que les marchandises figurent à la fois sur les tarifs généraux et sur les tarifs spéciaux, et que le paiement du port a eu lieu sur le vu de récépissés indiquant nettement le tarif qui a été appliqué. Nous avons quelque peine à nous reconnaître au milieu de ces distinctions et subdivisions multiples. Comment la fausse direction donnée à la marchandise est-elle une faute de la Compagnie distincte d'une infraction au contrat de transport? La route à suivre et le prix qui en est la conséquence ne sont-ils pas des éléments essentiels du contrat? Comment détacher des contestations sur les tarifs applicables celle qui tient à la mention de la marchandise sur les tarifs généraux et sur les tarifs spéciaux? Qu'importe, dans ce dernier cas, que le paiement ait eu lieu sur le vu du récépissé indiquant nettement le tarif appliqué? Il y a des règles certaines sur l'application des tarifs généraux ou spéciaux, et quand, d'après ces règles, le tarif spécial était dû à l'expéditeur, déclarer ce dernier forclos dans sa réclamation, c'est sanctionner une transaction illégale. Enfin il paraît impossible de ranger exclusivement parmi les fautes commises dans l'accomplissement du contrat de transport le fait de ne pas décharger les marchandises en temps utile et de s'assurer ainsi des droits de stationnement. L'arrêté du 12 janvier 1872 dispose que « en cas d'impossibilité absolue pour les Compagnies d'opérer le déchargement, elles pourront laisser les marchandises sur les wagons et percevront un droit de stationnement de 10 francs par wagon et par jour de retard. » La perception du droit de stationnement n'est donc légitime qu'autant qu'il y aura eu pour la Compagnie impossibilité absolue d'opérer le déchargement, en d'autres termes, il y a ou non fausse application de l'arrêté ministériel et, par suite, du tarif de stationnement, selon que la Compagnie pouvait ou non procéder au déchargement des wagons.

On voit par ces quelques observations combien sont peu satisfaisantes les distinctions formulées par la jurisprudence et reproduites en détail par M. Féraud-Giraud. Il convient d'autant moins de les accueillir qu'en matière de transports par chemins de fer tout est de droit étroit. Une compagnie de chemins de fer est impuissante à débattre les prix de transport; les tarifs sont in-

Digitized by Google

variablement fixés, sans modification possible par une convention expresse ou tacite. Qu'importe dès lors que l'article 105 déclare éteinte toute action contre le voiturier? Ce texte ne doit pas faire échec à des principes fondamentaux et en quelque sorte d'ordre public. La jurisprudence reconnait elle-même que malgré la généralité des termes des distinctions sont nécessaires. D'ailleurs la place qu'occupe l'article indique nettement qu'il n'a trait qu'aux actions fondées sur la perte, l'avarie ou le retard, c'est-à-dire aux actions qui se rattachent étroitement aux contrats de transport. Enfin les termes en apparence absolus de l'article 105 se heurtent aux termes non moins absolus des articles 1235 et 1376 du Code civil relatifs à la répétition de l'indû. Lequel de ces textes devra fléchir? Apparemment celui qui proposant une déchéance doit par là même être interprété restrictivement.

Tels sont les principes. En les respectant, on interdit aux compagnies de chemins de fer, conformément aux lois de leur concession, toute perception illicite, et on étouffe des controverses et des litiges funestes à l'intérêt public.

L'ouverture en 1878 du réseau des chemins de fer de l'Etat a fait naître en théorie une question intéressante de compétence. M. Féraud-Giraud reconnaît un caractère commercial à l'entreprise des chemins de fer par l'Etat et se prononce implicitement pour la compétence des tribunaux de commerce (vol. 2, n° 986). Nous admettons volontiers, contrairement à l'opinion générale, sinon que l'Etat se comporte en commerçant, avec esprit de spéculation et de lucre, du moins qu'il fait acte de commerce quand il se charge de transports par voie ferrée. L'article 632 du Code de commerce range les entreprises de transport parmi les actes de commerce, et la commercialité de ces actes est indépendante de la qualité des personnes, elle résulte d'une présomption légale attachée à la nature des actes. Mais les actes d'exploitation, commerciaux ou non, n'en sont pas moins accomplis par l'Etat comme un service public; dès lors ils ressortissent de la juridiction administrative. Depuis la décision du Tribunal des conflits en date du 8 février 1873, l'autorité judiciaire elle-même reconnaît son incompétence pour prononcer sur la responsabilité de l'Etat chargé d'un service public.

Digitized by Google

Le compte-rendu d'un ouvrage ne comporte pas l'examen de toutes les solutions proposées par l'auteur. Aussi, bien que sur un certain nombre de points, le système de la jurisprudence, approuvé par l'auteur, nous paraisse défectueux, nous bornerons notre revue critique aux questions ci-dessus traitées.

L'ouvrage de M. Férauld-Giraud est composé avec beaucoup de soin. Il donne le relevé fidèle et complet de la jurisprudence. Aucune des espèces soumises aux tribunaux n'a été négligée. Ce serait le caractériser exactement que de dire qu'il présente avec précision l'état de la jurisprudence en matière de transports par chemins de fer. Cette matière est exposée sous son triple aspect, personnes, bagages, marchandises. Les marchandises font l'objet des deux premiers volumes, les voyageurs et les bagages, du troisième. Le style est sobre, clair et précis, comme il convient à la plume d'un magistrat chargé de dire le droit à la Cour régulatrice.

Le présent ouvrage de M. Férauld-Giraud ajoute à la liste déjà longue des publications du savant et laborieux magistrat. En la parcourant, on se plaît à remarquer qu'elle embrasse les sujets les plus divers. Tous ont été abordés avec une haute compétence universellement reconnue. Parmi les rares magistrats qui publient des travaux, M. Férauld-Giraud figure aux premiers rangs. Convient-il d'abandonner aux professeurs de droit le soin et l'honneur de formuler la doctrine ? Appelés par leurs fonctions à voir de près la mise en œuvre du droit, les magistrats seraient, croyons-nous, d'un précieux concours, à la condition toutefois de ne pas sacrifier au culte de la jurisprudence. Dans le présent ouvrage, une part trop prépondérante nous paraît avoir été faite à la jurisprudence. Nous eussions désiré de plus larges aperçus doctrinaux. C'est notre seule critique. L'auteur l'excusera sans nul doute. Magistrat nous-même et concourant pour notre modeste part à l'élaboration de la jurisprudence, nous avons peut-être quelque mérite à en parler librement et à ne pas l'adopter comme la loi souveraine du jurisconsulte. L. SARRUT.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. Pichon, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT

par M. Ch. Testoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

IMPÔT SUR LE REVENU. — SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR INTÉRÊTS. — Cass. Req. 2 avril 1883. — J. d. P. 1884, p. 573.

D'après l'art. 3 § 2 de la loi du 29 juin 1872, en matière de sociétés en commandite, le revenu passible de la taxe de 3 0/0 est déterminé par les délibérations des conseils d'administration des intéressés, et, à défaut de délibération, par l'évaluation à raison de 5 0/0 du montant du capital social ou de la commandite ou du prix moyen des cessions de parts d'intérêt consenties pendant l'année précédente. Le procès sur lequel a eu à se prononcer la Chambre des requêtes avait, à notre sens, pour objet unique le point de savoir quel était en droit le montant d'une commandite. La commandite embrasse-t-elle, outre les capitaux apportés en vue de l'exploitation sociale, ceux qui sont destinés à la constitution d'un fonds de réserve ?

Les faits étaient très simples : une société avait été formée, conformément à l'art. 75, Co., pour l'exploitation d'une charge d'agent de change. Nous n'avons pas à nous expliquer ici sur la nature de ces sortes de sociétés. Sont-elles des commandites simples, auxquelles s'appliqueraient les art. 27 et 28, Co.? Sont-elles, comme on l'a dit au Corps législatif, des sociétés *sui generis ?* Ce point paraît dénué d'intérêt, au point de vue de l'application de la loi fiscale. On doit admettre que, dans cet ordre d'idées, ces sociétés sont assimilables aux commandites simples et régies par la loi du 1er décembre 1875 (Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial,* t. I, n° 1474). Quoi qu'il en soit, il avait été convenu dans l'acte de société, que le titulaire et ses bailleurs de fonds verseraient, outre le capital né-

Digitized by Google

cessaire à l'achat et à l'exploitation de la charge, une somme assez élevée à titre de capital de réserve. Cette réserve devait au surplus s'accroître annuellement d'un prélèvement de 10 0/0 sur les bénéfices.

Si la société avait eu un conseil d'administration, il n'y aurait pas eu de difficulté. Les bénéfices, mis en distribution par la délibération de ce conseil, auraient été frappés par la taxe. Il n'y aurait pas eu à se préoccuper de la division du capital social en deux parties. Mais une telle société ne pouvait pas avoir, semble-t-il, de conseil d'administration, soit à raison des art. 27 et 28 du Code de commerce, soit par suite des dispositions spéciales de la loi du 2 juillet 1862. C'était donc sur le 5 0/0 du capital social que la taxe du 3 0/0 devait être établie.

C'est alors que se posait la question. Tout le monde reconnaissait l'exigibilité de l'impôt sur la partie du capital affectée à l'achat et à l'exploitation de la charge. La société la contestait en ce qui touche la deuxième partie, destinée à former la réserve. La Cour de cassation n'a pas hésité à dire que l'impôt était dû également sur tout le capital.

Aucune autre entre solution n'était possible. Qu'importe le titre et la destination des divers apports des commanditaires? Tout ce qu'ils apportent garantit la loyale exécution des engagements sociaux. Il est impossible d'admettre que le fonds de réserve ne dépende pas du capital social, puisqu'il partage tous ses risques. Il court la même fortune. La perte du premier peut entraîner celle du second.

On avait, dans cette affaire, opposé à la Régie une autre argument qui a pu séduire au premier abord, mais qui ne résiste pas à un examen attentif. Quand, pour former une réserve, des prélèvements annuels sont opérés sur les bénéfices sociaux mis en distribution, le montant de ces prélèvements n'est pas pris en considération pour l'établissement de la taxe. Donc, dit-on, c'est que la réserve est indépendante du capital et ne peut pas être atteinte par l'impôt.

Cet argument reposait sur une confusion que l'on cherchait à établir entre deux hypothèses complètement distinctes.

Il y a, comme on l'a dit au début, deux modes de perception de

Digitized by Google

l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières. Quand ce revenu est distribué, en vertu d'une délibération, on ne doit envisager que le revenu effectivement distribué, et, si une partie est retenue et réservée, cette partie est nécessairement exempte de l'impôt. L'art. 2 de la loi de 1872 ne permet pas d'autre interprétation. Et encore on peut ajouter que cette exemption de l'impôt n'est que provisoire. Au cas où le fonds de réserve s'accroissant sans cesse viendrait plus tard à être distribué aux actionnaires, sous forme d'actions nouvelles, cette distribution rendrait l'impôt exigible.

Mais cette hypothèse est tout à fait étrangère à celle qu'avait à juger la Cour de cassation. Il n'y avait pas dans l'espèce de dividende officiellement mis en distribution. L'impôt frappait le revenu présumé, de 5 0/0, du capital social. Il n'y avait donc qu'une seule question à se poser : Quel est le capital social ? Du chiffre du capital dépendait le chiffre du revenu. Du chiffre du revenu, le chiffre de l'impôt.

Une question subsidiaire pourrait naître dans des hypothèses analogues, question qui acquerra un grand intérêt pratique, après le remaniement de la loi du 28 décembre 1880 : le capital social comprend-t-il, outre le fonds de réserve originaire créé au début de la société, les accroissements qu'il a pu recevoir depuis au moyen de prélèvements périodiques sur les bénéfices ? La Cour de cassation paraît résoudre la question dans le sens de la négative. Elle déclare, en effet, dans son arrêt du 18 novembre 1878, qu'il faut s'attacher au capital déterminé par l'acte de société, sans avoir égard à l'accroissement ou à la dépréciation ultérieure de ce capital (J. d. P. 1878, p. 166). Cette doctrine nous semble pour le moins contestable, et nous admettrions volontiers que l'impôt suit les fluctuations diverses de la fortune de la société.

IMPÔT SUR LE REVENU. — ACTIONS ET OBLIGATIONS. — Décision du ministre des finances, 2 sept. 1883. J. d. P. 1884, p. 767.

Il arrive parfois que les sociétés se chargent, à titre définitif, de la taxe du 3 0/0 sur le revenu de leurs actions et obligations. Elles ne se bornent pas alors à en faire l'avance : elles renon-

Digitized by Google

cent à tout recours à l'occasion de cette avance et les actionnaires et obligataires touchent intégralement leurs intérêts ou dividendes, sans aucune réduction. A coup sûr, le revenu se trouve alors augmenté de l'impôt que le capitaliste devait légalement supporter. Mais il reste à savoir si l'on doit tenir compte de cette augmentation pour fixer le quantum de l'impôt.

La Cour de cassation a tranché la question en matière d'actions. Elle s'est prononcée en faveur de la Régie, par son arrêt du 6 juillet 1880 (J. d. P. 1880, p. 1183). Nous ne revenons pas sur cette question qui a été examinée dans une de nos précédentes revues. Qu'il nous suffise de rappeler que cette jurisprudence n'a fait qu'appliquer rigoureusement le texte de la loi de 1872. Cette loi dit en effet, à propos des actions, que l'impôt sera perçu « sur les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits. » D'autre part, il est bien certain que la taxe du 3 0/0 est due par l'actionnaire, sur son revenu. C'est donc bien l'accroître, ce revenu, que payer l'impôt à sa décharge.

En doit-il être de même, en matière d'obligations? Faut-il faire subir l'impôt au créancier, en faveur duquel la société a pris l'engagement de supporter définitivement la taxe?

La décision ministérielle que nous venons de citer donne raison à l'obligataire. La loi de 1872 ne frappe que les arrérages et intérêts annuels des emprunts et obligations. Or on ne peut pas confondre avec les intérêts le bénéfice que procure à l'obligataire l'exemption de la taxe. Ces deux produits n'ont qu'une ressemblance : tous deux sont périodiques. Mais, il est bien certain qu'ils ne sont nullement identiques. Le législateur a lui-même implicitement tranché la question par la loi du 21 juin 1875. Avant cette loi, on se demandait si les primes et les lots attribués à certaines valeurs étaient des revenus susceptibles d'être assujettis à l'impôt. La loi a résolu la question affirmativement, par la raison que ces avantages faits aux porteurs des titres ne seraient que « des intérêts réservés et distribués sous une autre forme ». Cela suppose bien que la décharge de l'impôt sur le revenu accordée à l'obligataire n'est qu'un profit accessoire complètement distinct de l'intérêt. Sans cela, on ne concevrait pas l'intervention du législateur en 1875 à propos des primes et lots. L'exposé des

Digitized by Google

motifs de M. Mathieu Bodet est absolument décisif, en ce sens : « Ainsi limitée, dit-il, cette disposition (l'art. 1er § 2 de la loi de 1872) n'atteint pas le produit intégral des titres d'obligation et d'emprunt. Ces titres en effet produisent généralement, outre l'intérêt proprement dit, des primes de remboursement ou des lots. Une compagnie qui emprunte pourrait donner à ses prêteurs un intérêt plus élevé, si elle n'allouait ni prime, ni lot. Cet intérêt serait soumis à la taxe de 3 0/0. N'est-il pas juste dès lors que les primes et les lots qui sont substitués à ces intérêts soient assujettis à la même taxe ? » M. Bertauld, dans son rapport sur la loi du 21 juin 1875, a exprimé la même pensée, dans des termes presque semblables : « Les primes et les lots ne représentent-ils pas des intérêts et arrérages qui auraient été distribués sous ce titre, s'ils n'avaient été réservés, comme un appât pour être versés sous forme de capital, aux heureux titulaires qui seraient les privilégiés du sort ? Pourquoi les bénéficiaires de ces suppléments d'intérêts ou d'arrérages ne supporteraient-ils pas un supplément de taxe ? » Il résulte bien nettement de toutes ces déclarations, faites en 1875 à la tribune de l'Assemblée nationale par les auteurs mêmes de la loi de 1872, qu'en matière d'obligations la taxe sur le revenu n'est exigible en principe que sur les arrérages et intérêts. Elle peut s'étendre à d'autres produits, mais seulement en vertu d'une disposition expresse de la loi fiscale qui doit toujours être interprétée rigoureusement.

Nous terminerons cet examen de la jurisprudence de l'Administration, par deux observations qui ne sont pas dénuées d'importance doctrinale.

D'abord, les motifs de la loi du 21 juin 1875 fournissent un argument de quelque valeur, en faveur des auteurs qui soutiennent que les lots et primes de remboursement donnent lieu ou peuvent donner lieu à des stipulations contraires à la loi de 1807. Il est bien certain en effet aujourd'hui que les lots et primes de remboursement représentent des intérêts réservés et ultérieurement distribués en un bloc.

En second lieu, la jurisprudence que l'on vient d'analyser met dans tout son jour la différence qui sépare les actionnaires des obligataires. — Les premiers ayant droit à des bénéfices

Digitized by Google

fices que rien ne limite sont atteints par l'impôt sur le revenu, quels que soient ces bénéfices. Les seconds n'ayant droit qu'à des arrérages et intérêts ne supportent l'impôt que sur ces arrérages et intérêts. Les autres profits qui peuvent leur advenir ne sont imposés que lorsqu'un texte positif les a assimilés aux intérêts et arrérages.

IMPÔT SUR LE REVENU. — PRESCRIPTION. — Cass. Req. 18 avril 1883. — Civ. 12 juin 1883. — J. d. P. 1884, p. 387.

La Cour de cassation avait déjà rencontré ce problème. Elle l'avait résolu, dans son arrêt du 29 août 1881 (P. 1882, p. 414), en décidant que l'action de la Régie en recouvrement de la taxe de 3 0/0 ne pouvait s'éteindre que par la prescription trentenaire. Elle consacre aujourd'hui la même solution par deux arrêts, qui embrassent les deux hypothèses de nature à se présenter et entre lesquelles on aurait été tenté de distinguer : l'hypothèse de la prescription non entamée et celle de la prescription entamée.

Ce n'est pas le lieu évidemment d'entamer une lutte ouverte contre une jurisprudence qui est probablement définitive. Nous voulons seulement appeler une dernière fois l'attention sur cette controverse à laquelle a donné lieu le silence de la loi de 1872.

La loi de 1872 instituait un impôt nouveau, dont la nature peu définie oscillait entre la contribution directe et la contribution indirecte. Il eût fallu résoudre la question de prescription. C'était indispensable, car on ne peut pas indéfiniment laisser les sociétés sous le coup de poursuites auxquelles il est parfois difficile de résister. Nous le faisions remarquer ici même, à propos de l'arrêt de la Chambre civile du 20 août 1881 (*Revue critique*, 1882, p. 430). Quoi qu'il en soit, la loi de 1872 n'a pas abordé (expressément du moins) la difficulté. Il ne s'y trouve qu'une seule disposition où l'on puisse chercher le germe et la raison d'être d'une solution. L'art. 10 s'exprime ainsi : « Chaque contravention aux dispositions qui précèdent et à celles du règlement d'administration publique qui sera fait pour leur exécution sera punie conformément à l'art. 10 de la loi du 23 juin 1857. Le recouvrement de la taxe sur le revenu sera suivi et les instances

Digitized by Google

seront introduites et jugées, comme en matière d'enregistrement. »

Ce texte a paru tellement précis aux commentateurs qu'il s'est formé jusqu'à quatre opinions sur la détermination de la prescription applicable au recouvrement de l'impôt sur le revenu.

a. La Régie a soutenu et fait juger, jusqu'à trois fois, par la Cour de cassation, que le silence de la loi rendait nécessaire l'application de la prescription de trente ans.

b. Dans l'intérêt des contribuables on a soutenu que la prescription opposable à la Régie était celle de l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an VII, prescription qui s'accomplit par deux ans. C'est à cette théorie que s'est rallié M. E. Naquet. (*Traité théorique et pratique de l'enregistrement*, t. III, p. 364).

c. On a également revendiqué au profit des actionnaires et obligataires l'application de la prescription quinquennale de l'art. 2277, C. civ. (jugement du Tribunal de Castres, 28 mai 1880, *Rép. périodique*, n° 5664).

d. Enfin, citons pour mémoire une quatrième thèse qui prétend que la taxe sur le revenu est gouvernée par les règles spéciales des contribution directes.

Les deux dernières théories semblent peu admissibles. Tout d'abord, on ne peut guère assimiler l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières aux quatre contributions directes, prévues dans l'art. 149 de la loi du 3 frimaire an VII. La perception ne se fait pas directement sur le contribuable, au moyen d'un rôle nominatif, dont le recouvrement est confié au percepteur. D'autre part, il n'y a pas un mot dans la loi de 1872 d'où il soit permis de conclure à une assimilation de l'impôt sur le revenu aux impôts directs.

En rendant compte de l'arrêt du 20 août 1881, nous avions incliné vers la troisième théorie. Tout en nous ralliant à la jurisprudence, nous avions cru que l'on pourrait ici rendre applicable l'art. 2277, C. civ. « Il est contraire à toute logique que la taxe qui se prélève sur le revenu des titres, et que la société doit retenir à chaque paiement d'intérêts ou de dividendes, soit due pendant plus longtemps que les intérêts et dividendes eux-mêmes. L'action tendant à un prélèvement sur ce revenu doit être sou-

Digitized by Google

mise à la même prescription que l'action tendant au paiement du revenu lui-même. » Nous avions en outre argumenté des dispositions de l'art. 10 § 3 de la loi de 1867, en matière de dividendes fictifs.

Nous ne pouvons pas ne pas reconnaître que ces considérations étaient plus législatives que juridiques. L'art. 2277, C. civ., a sa raison d'être particuliène, qui n'a rien de commun avec l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons en ce moment. « Il a pour but, disent MM. Aubry et Rau (§ 774), de prévenir une accumulation d'arrérages, d'intérêts ou d'annuités qui deviendrait ruineuse pour les débiteurs. » MM. Aubry et Rau ne font du reste ici que reproduire l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu. La prescription quinquennale ne semble donc possible qu'à propos des prestations périodiques accessoires de dettes principales.

Il n'y a que deux systèmes entre lesquels puisse s'établir un sérieux et intéressant débat : le système de la prescription trentenaire et le système de la prescription biennale.

Toute la discussion porte sur le point suivant : l'article 5 de la loi du 20 juin 1872 renvoie à coup sûr à la loi du 22 frimaire an VII en ce qui touche les formes de procédure à suivre, pour le recouvrement de la taxe sur le revenu. Renvoie-t-il également à la prescription? Les règles de la prescription sont des règles de fond et non des règles de procédure. Le renvoi les concerne-t-elle comme les règles de procédure? Si oui, il faut s'en tenir à la prescription biennale de l'art. 61 de la loi de l'an VII. Si non, il faut subir le principe de la prescription de 30 ans.

Voici les raisons qui, selon nous, permettraient d'admettre que l'art. 61 est commun à l'impôt sur le revenu et aux suppléments de perception de droits d'enregistrement.

1° La dernière phrase de l'art. 5 de la loi de 1872 se compose évidemment de deux parties. La partie finale est relative à la procédure : « les instances seront introduites et jugées »; mais la partie initiale peut très bien s'appliquer aux règles de fond : « le recouvrement sera suivi. » Si cette partie initiale n'a pas trait au fond, les deux parties de la phrase expriment la même idée. Ce qui constituerait une répétition.

Digitized by Google

2° M. Naquet (*loco citato*) argumente du but de la loi. On a voulu que la régie eût, en matière d'impôt sur le revenu, les mêmes facilités de poursuite que pour l'impôt de l'enregistrement. Par une juste réciprocité, il convient que les redevables jouissent aussi des mêmes facilités de défense et aient droit aux mêmes exceptions et prescriptions. On peut citer, à l'appui de ce dernier argument, l'arrêt de la Chambre civile du 19 février 1866. (P. 1866, p. 435). La Cour décide que la prescription biennale atteint l'action en recouvrement de l'impôt du timbre établi sur les actions des sociétés par la loi du 5 juin 1850. Et pourtant les art. 14 et suiv. de la loi ne renvoient pas d'une manière aussi positive à la loi de l'an VII que l'art. 5 de la loi de 1872.

LICITATION ENTRE LE GREVÉ ET LES APPELÉS. — ADJUDICATION AU PROFIT DU GREVÉ. — DROIT DE TRANSCRIPTION. — Cass. Req. 18 mars 1884. — J. d. P. 1884, p. 836.

Cet arrêt est certainement le plus intéressant de l'année qui vient de s'écouler. Il règle une hypothèse qui n'est certes pas de nature à s'offrir fréquemment dans la pratique des affaires, mais qui en revanche est admirablement choisie pour susciter des controverses de principe.

Les faits sont du reste de la plus grande simplicité : une personne est grevée de substitution, au profit de ses enfants nés et à naître, conformément aux termes de l'art. 1048, C. civ. La charge de conserver et de rendre ne s'applique qu'à la quotité disponible. La réserve en est affranchie. Tout le monde reconnaît en effet que la réserve doit arriver au réservataire purement et simplement et sans charges. Le patrimoine objet de la disposition comprend des immeubles, et le tuteur nommé à la substitution fait connaître aux tiers, par la transcription, la charge de conserver et de rendre (1069).

La situation de la personne grevée de substitution est ainsi rendue assez délicate : cette personne est propriétaire incommutable des immeubles héréditaires, dans la mesure de sa part de réserve; mais elle n'est propriétaire que sous condition résolutoire de ces mêmes immeubles, dans la mesure de la quotité disponible. Il y a par conséquent un in-

Digitized by Google

térêt évident pour la personne grevée à faire déterminer par un partage les immeubles de libre disposition, comme se rattachant à la réserve, et les immeubles, objet de la charge de conserver et de rendre, comme représentant la quotité disponible. S'il en était autrement, l'indivision qui existe forcément entre la réserve et la quotité disponible aurait l'inconvénient d'étendre, en fait, sinon en droit, la charge de conserver et de rendre à la totalité des immeubles de la succession. Ce serait là un résultat évidemment anti-économique.

Or voici ce que l'on a imaginé pour sortir de ces difficultés. Une demande en partage et licitation a été introduite, au nom du grevé de substitution, contre le tuteur à la substitution. Cette demande n'ayant pas été contredite a été accueillie par le tribunal. La licitation a eu lieu ; l'adjudication a été prononcée au profit du grevé de substitution.

A coup sûr le but que l'on poursuivait est désormais atteint. Les immeubles héréditaires, adjugés pour le tout au grevé de disposition, sont mis à l'abri de la charge de conserver et de rendre. Cette charge s'applique uniquement au capital représentant la quotité disponible. De ce capital, il est fait emploi et toutes les complications qui ont été prévues tout à l'heure s'évanouissent. Non seulement, les immeubles rentrent dans le commerce dans la mesure de la réserve, mais ils y rentrent aussi dans la mesure de la quotité disponible.

C'est ici que le fisc intervient réclamant, non pas le droit de mutation, mais le droit de transcription, sur cette adjudication. La Cour de cassation a accueilli les prétentions de la Régie par son arrêt précité du 18 mars 1884. Le droit de transcription est donc exigible à propos de l'adjudication tranchée au profit du grevé, à la suite d'une licitation poursuivie entre lui et le tuteur à la substitution, représentant les appelés.

Il faut chercher les motifs de cette décision intéressante, dans le remarquable rapport de M. le conseiller Voisin qui l'a préparée. Ces motifs peuvent être facilement résumés. Ils sont contenus dans les deux propositions suivantes :

D'abord, il n'y aurait pas eu, dans l'hypothèse, de véritable adjudication sur licitation, à laquelle puissent s'appliquer les

Digitized by Google

termes de l'art. 1er § 4 de la loi du 23 mars 1855. « Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation, tous jugements d'adjudication, autres que ceux rendus au profit d'un cohéritier ou copartageant. » Pour que la dispense de transcription prononcée par les derniers mots du texte fût ici applicable, il faudrait qu'il y ait eu indivision entre le grevé d'une part et d'autre part les appelés nés ou à naître. Or, selon la remarque de Pothier, citée à l'appui de cette thèse, le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit par rapport au bien substitué, mais une simple espérance. « Si les appelés, les substitués, ajoute M. Voisin, n'ont aucun droit formé, avant l'ouverture de la substitution, il est impossible de soutenir que dans l'espèce actuelle ils aient été dans l'indivision et que, pour sortir de cette indivision, une licitation, avec l'effet déclaratif du partage, ait pu avoir lieu. » On affirme en outre que le grevé est, jusqu'à l'ouverture de la substitution, le seul véritable propriétaire des biens qui y sont compris. On appuie cette nouvelle affirmation, qui n'est en somme que le corollaire de la précédente, sur l'autorité de Pothier. Ainsi, entre le grevé, unique propriétaire des biens libres et des biens frappés de la charge de conserver et de rendre et les appelés qui n'ont aucun droit formé à ces derniers biens, tant que la substitution n'est pas ouverte, il n'y a pas et il ne peut pas y avoir indivision.

Le second argument de l'arrêt est tiré de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816. Tout le monde connaît la différence qui existe entre ce texte et celui de l'art. 25 de la loi du 21 ventôse an VII. Ce dernier rendait obligatoire la transcription pour tous les actes emportant mutation de propriété immobilière. L'art. 54, bien plus compréhensif, s'exprime ainsi : « Dans tous les cas où les actes seront de nature à être transcrits au bureau des hypothèques, le droit sera augmenté de 1 1/2 0/0 et la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel. » Aujourd'hui, par conséquent, lorsqu'il s'agit de résoudre une question de transcription, il ne faut pas se demander si l'acte en discussion opère ou non une translation de propriété; il faut se demander si la transcription de cet acte est utile aux parties. Si elle leur est utile, le droit de transcription est dû. C'est ce qu'a définitive-

Digitized by Google

ment reconnu l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 12 janvier 1876. C'est ce que n'avait pas même cherché à contester M. Valette dans sa consultation sur le procès qui donna lieu à cet arrêt. Il n'y agita, on s'en souvient, que la question de savoir si l'héritier bénéficiaire, adjudicataire des immeubles de la succession, a ou n'a pas le droit de purger. L'admission de cet héritier au bénéfice de la purge justifiait de son intérêt à la transcription et en même temps autorisait la réclamation de la Régie. Il est donc bien certain que l'utilité de la transcription rend le droit proportionnel de cette formalité exigible.

Y avait-il pour le grevé devenu adjudicataire pour la totalité quelque avantage à transcrire? Sans doute, nous répond le rapporteur de la Cour de cassation. Avant l'adjudication, le grevé pouvait hypothèquer, mais seulement sous condition résolutoire, puisqu'il n'était propriétaire que sous condition résolutoire. Les appelés pouvaient hypothéquer aussi de leur côté, puisqu'ils étaient propriétaires, mais seulement sous condition suspensive. En cet état, la transcription a eu une double utilité : d'une part elle a révélé aux tiers la propriété désormais incommutable du grevé, et d'autre part, elle leur a révélé, en même temps, l'extinction du droit conditionnel des appelés.

La transcription était donc utile et la perception du droit légitime.

Telle a été l'argumentation de la Cour suprême. M. Gabriel Demante a accompagné notre arrêt d'une dissertation critique dans laquelle il condamne nettement la décision rendue. Ce jurisconsulte émet deux propositions absolument contraires à celles qui ont servi de base à l'arrêt.

Il y avait, dit-il, indivision entre le grevé et les appelés. Il a donc été possible de procéder à une licitation régulière. Or comme l'adjudication est intervenue au profit d'un des co-licitants, elle a le caractère déclaratif que lui donne l'art. 883 et par conséquent elle est affranchie du droit de transcription.

D'autre part, la formalité de la transcription n'était pas légalement utile. Les considérations présentées à ce sujet par M. Voisin sont aux yeux de M. Demante d'ordre purement

Digitized by Google

législatif. « Elles tendraient, dit-il, à assujettir à la transcription toutes les opérations de partage. C'est abusivement que, dans la doctrine qui a prévalu, on rattache à la transcription des effets qui découlent de la seule énergie de la licitation. »

Nous nous rallierions de préférence à la doctrine de M. Demante, mais sans oser invoquer avec la même certitude les deux arguments dont il s'est prévalu.

Il nous paraît en effet bien douteux qu'il y ait eu indivision entre le grevé pour la réserve et les appelés pour la quotité disponible. On est bien fixé aujourd'hui sur les circonstances dont la réunion est nécessaire pour constituer l'indivision. Elle suppose plusieurs droits de nature identique, concourant sur le même bien. Ces droits sont représentés par des fractions ; on ne peut pas dire qu'ils aient des objets concrets, circonscrits, déterminés. Ils s'appliquent à toutes les parties du bien indivis et ne s'appliquent à aucune.

La situation présente répond-elle bien à l'idée que nous nous faisons de l'indivision? Certainement les immeubles de la succession dont il s'agissait étaient, pour une quote-part, de libre disposition aux mains de la personne grevée. Pour une autre quote-part ils étaient grevés de la charge de conserver et de rendre. Mais ce n'était pas là le concours de droits de même nature que l'on exige pour qu'il y ait indivision. Rien n'était moins certain que ce concours. « Si la substitution ne s'ouvre pas, dit M. Demante, la propriété actuelle de la demanderesse sera consolidée pour le tout et la licitation n'aura été par événement qu'une procédure frustatoire. » Comprend-on bien aisément une indivision éventuelle et une procédure de partage et licitation qui, par l'événement, sera démontrée avoir été inutile et frustatoire?

Ce n'est pas toutefois cette remarque qui nous ferait croire qu'il n'y a point d'indivision dans le cas présent. Il peut se présenter en effet des cas d'indivision éventuelle. Il n'y a pas sans doute indivision entre le propriétaire sous condition suspensive et le propriétaire sous condition résolutoire d'un même bien, parce que leurs propriétés ne sont pas de même nature, à cause des modalités qui les affectent. On ne peut même pas dire qu'elles puissent exister simultanément, puisque, quand la pro-

Digitized by Google

priété sous condition suspensive naîtra par l'accomplissement de la condition, la propriété résoluble s'évanouira, en vertu de la même cause. Mais il peut très bien y avoir indivision entre le propriétaire pur et simple d'une quote-part et le propriétaire conditionnel pour une autre quote-part. Le propriétaire conditionnel peut, il est vrai, par la défaillance de la condition, être plus tard réputé n'avoir jamais eu aucun droit et n'avoir jamais été dans l'indivision. Mais, en attendant, (et on ne saurait trop insister sur ce point de vue), il faut bien qu'il y ait un moyen pratique de réaliser ce que M. Demante appelle le « départ » de la propriété ferme et de la propriété résoluble. L'indivision est un état funeste au point de vue économique, lorsqu'elle se produit entre co-propriétaires incommutables : elle serait bien plus gênante encore entre communistes, dont les uns seraient propriétaires incommutables et les autres propriétaires conditionnels. Ce n'est donc pas le caractère éventuel, incertain de l'indivision qui nous frappe, dans la présente hypothèse, et qui nous inspire notre manière de voir.

Nous nous plaçons à un autre point de vue sur lequel a insisté avec beaucoup de force M. le conseiller Voisin, dans son rapport. Pour qu'il y ait une indivisiou et partant la possibilité d'une licitation entre le grevé et les appelés, encore faut-il que les appelés aient actuellement un droit conditionnel. Sans cela, la « coïncidence des droits », qui est nécessaire, pour donner naissance à l'indivision, n'aurait pas lieu. Or, ce droit conditionnel acquis, les appelés l'ont-ils du vivant du grevé? C'est ce qui paraît inadmissible, lorsqu'on consulte sur la nature des droits des appelés soit Pothier, soit les principaux commentateurs du Code civil. M. Demolombe (*Donations et testaments*, t. V, n° 548) emprunte à Pothier deux principes qui tranchent la controverse présente, dans le sens de la négation de l'indivision : 1° Le grevé est, avant l'ouverture de la substitution, le vrai et le seul propriétaire des biens substitués ; 2° Le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit formé, par rapport au bien substitué, mais une simple espérance (Pothier, *des substitutions*, n° 153). Reconnaissons cependant qu'au cours du même développement sur les droits respectifs du grevé et des appelés,

Digitized by Google

le jurisconsulte dit de la propriété du grevé qu'elle est sous condition résolutoire, ce qui impliquerait l'existence chez les appelés d'une propriété sous condition suspensive. Cette propriété sous condition suspensive, à nos yeux, ne peut nullement se comparer à une propriété conditionnelle ordinaire. Elle est une espérance (c'est le mot de Pothier) bien plus qu'un droit. On le comprend, lorsqu'on songe que le droit des appelés, à la différence du droit des propriétaires sous condition, n'est pas héréditairement transmissible, n'est pas cessible. Nous serions même portés à croire que ce droit n'est pas susceptible d'hypothèque, lorsqu'il s'applique à des immeubles. Comment en admettre la saisie et l'expropriation? (2118-2204, C. civ.). Il n'y a certainement rien de formé, dans un droit qui ne passe pas aux héritiers (sauf le cas exceptionnel de l'art. 1051 du Code civil), qui n'est pas cessible, qui n'est pas saisissable et partant pas susceptible d'être grevé d'hypothèque. M. G. Demante a bien senti la force de l'objection, lorsqu'il a écrit, dans sa dissertation, que les formules données par Pothier ne doivent pas être entendues avec rigueur et qu'il y a droit acquis pour les appelés, à partir de la donation ou du décès de l'auteur de la disposition. « C'est ce qu'a compris, ajoute-t-il, le législateur de 1849, lorsque ramenant les substitutions aux limites du Code civil, il a respecté les droits des appelés déjà nés ou conçus. » « Le rapport de M. Valette sur la loi de 1849 vient du reste à l'appui de cette conception du droit des appelés. La commission avait décidé d'abord que les appelés déjà nés ou conçus n'avaient pas de droit acquis à la dévolution ultérieure. Mais M. Valette a bien soin de nous dire quelles raisons avaient déterminé la commission. « Ce n'est pas, dit-il, qu'ici l'éventualité légale puisse être confondue avec l'expectative d'une succession future, mais la commission considérait les biens des majorats, comme servant de base à la transmission des titres, ce qui est incompatible avec notre régime politique actuel et notamment avec notre loi constitutionnelle qui proscrit toute distinction nobiliaire. » M. Valette, en une autre partie de son rapport, insiste sur l'actualité du droit des appelés : « Ils ont sur ces biens un véritable droit, bien que conditionnel, car tous les jurisconsultes savent que l'existence

Digitized by Google

d'une condition n'empêche pas la propriété ou les créances d'avoir le caractère de droits acquis. On ne balance même pas à reconnaître ce caractère dans le droit de ceux au profit desquels a été faite une institution contractuelle subordonnée à la condition de survie et pourtant ce droit est bien plus précaire que celui de l'appelé, puisque l'instituant peut toujours disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution contractuelle. »

A coup sûr ce sont là de graves considérations. Nous hésitons cependant à incliner l'autorité de Pothier devant celle de M. Valette. Pour beaucoup, le trait caractéristique ou plutôt un des traits caractéristiques des substitutions, c'est l'ordre successif, *ordo successivus*. Ces mots n'excluent-ils pas la pensée d'un droit acquis ? Quant à l'analogie invoquée par M. Valette et tirée de la matière de l'institution contractuelle, nous ne la trouvons pas irrésistible. Aujourd'hui, la doctrine, après une patiente analyse de la situation qu'engendre l'institution contractuelle, tend à assimiler le droit de l'institué à un droit de succession, réservé, il est vrai, mais enfin à un droit de succession.

Une autre observation nous frappe. — Si on admettait l'indivision entre le grevé et les appelés, conformément à la pensée de M. Demante, il faudrait reconnaître qu'il y a indivision entre le grevé et les appelés qui ne sont pas encore conçus : il faudrait reconnaître qu'il y a indivision, même dans le cas où aucun appelé ne serait encore né. Cette conséquence forcée de la doctrine que nous combattons ne suffit-elle pas pour la faire rejeter?

Nous dirons donc, pour conclure sur ce premier moyen : que l'adjudication sur licitation, intervenue en de telles circonstances, ne saurait équivaloir à un partage et en obtenir l'effet déclaratif. Sur ce point, il nous semble que la doctrine de la Cour est inexpugnable.

C'est au second motif allégué par l'arrêt que nous croyons qu'il est possible de résister. On affirme que la transcription était utile aux parties intéressées, ce qui aurait justifié la perception. — Utile en quoi? En ce qu'elle aurait fait connaître aux tiers qu'aucune condition ne s'imposait plus à la propriété du grevé, en aucune de ses parties; que le droit des appelés nés ou à naître ne s'appliquait plus aux immeubles héréditaires, mais à un capital mo-

Digitized by Google

bilier, que ceux-ci ne pouvaient plus dès lors constituer de droits réels. Ici se trouve la partie contestable de l'argumentation. Il importe, sans contredit, au crédit public de savoir si une propriété immobilière est ou n'est pas affectée d'une condition résolutoire. Le législateur a tenu compte de ce grave intérêt en organisant la transcription des substitutions. Mais d'une façon générale, est-il nécessaire dans notre droit d'apprendre aux tiers l'évanouissement d'une condition résolutoire? Nous ne pouvons sur ce point que rappeler l'observation de M. Demante déjà citée plus haut : En législation ce serait certainement désirable et avantageux; en droit, ce n'est pas exigé. La résolution se publie depuis la loi de 1855. La non-résolution et la consolidation de la propriété ne sont pas officiellement portées à la connaissance des tiers. Il n'est pas davantage utile d'apprendre aux tiers l'extinction du droit des appelés sur les immeubles. M. le conseiller rapporteur nous paraît s'être contredit dans une certaine mesure, car il avait démontré dans la première partie de son rapport que les appelés n'avaient aucun droit jusqu'à l'ouverture de la substitution, et plus loin il admet que ceux-ci peuvent hypothéquer les biens grevés comme s'ils étaient propriétaires conditionnels. Sur ce point il y a erreur. — (Voir Demolombe, *Donations et testaments* t. V, nos 495 et suiv.). Voir également à propos de l'institution contractuelle, la dissertation de M. Lyon-Caen au *Journal du Palais*, 1875, p. 561, sous l'arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1875.

SOCIÉTÉ. — APPORT. — DROIT PROPORTIONNEL. — Cass. 25 Mai 1883. — J. d. P. 1884, p. 1080.

Aux termes de la loi de frimaire an VII, l'apport pur et simple d'un immeuble à une société commerciale est affranchi de la perception du droit proportionnel. L'art. 68, § 3, n° 4 de la loi déclare en effet ne soumettre qu'au droit fixe les actes de société qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes. C'est là incontestablement une faveur, une rémittence, comme on l'a dit, admise au profit des sociétés et dans le but de les encourager. Le doit fiscal s'écarte du droit civil. « Je recon-

Digitized by Google

nais, disait M. le procureur général Dupin, dans son requisitoire devant les Chambres réunies, le 6 juin 1842, je reconnais que l'apport de chaque associé rend la société propriétaire de l'objet meuble ou immeuble qui constitue cet apport. La société en est propriétaire, car dès lors cet immeuble est à ses risques : s'il périt, il périt pour elle; s'il obtient une augmentation de valeur, cette augmentation lui appartient. En cas d'éviction, l'associé qui a conféré l'immeuble en société en devient garant (1845, C. civ.). Ainsi, à la rigueur le droit de mutation serait dû, et s'il n'est pas payé à cet instant, c'est faveur; c'est rémittence; le droit dort, si je puis dire ainsi. » Nous devons dire cependant qu'aujourd'hui encore d'assez nombreux commentateurs de nos lois fiscales croient pouvoir concilier l'immunité de l'art. 68, § 3, n° 4 de la loi de frimaire avec les principes généraux des sociétés. On dit, dans cet ordre d'idées, que la question de savoir si la mise en société d'un immeuble contient une transmission de propriété est subordonnée dans sa solution à l'événement ultérieur du partage. C'était déjà autrefois la théorie de Pothier (*Du contrat de société*, n° 179). « Le contrat de société que j'ai fait avec vous, enseigne-t-il, par lequel j'ai mis en société mes héritages, ne vous y a donné qu'un droit conditionnel, dépendant de l'événement du partage, pour le cas seulement où par l'effet du partage, ils tomberaient dans votre lot. » Nous ne saurions pour notre part nous rallier à cette manière de voir, qui ne conduit en somme qu'à la négation de la personnalité civile de la société, et par suite, de son droit de propriété si bien mis en relief par M. Dupuis.

Il nous paraît impossible de ne pas reconnaître qu'après la mise en société, la valeur apportée fait partie du patrimoine de la société (au moins en matière de société commerciale) et qu'il se produit de la sorte une mutation de propriété. Que l'auteur de l'apport ait encore des chances de recouvrer sa propriété, nul n'en saurait disconvenir. Mais, si cette propriété lui revient (chose incertaine), ce ne sera même pas en vertu d'une résolution rétroactive, ce sera en vertu d'une cause nouvelle : l'attribution résultant du partage. Ce ne sera pas à la suite d'un anéantissement de la translation primitive.

Quelle que soit au reste la raison dont se soit inspiré le légis-

Digitized by Google

lateur de l'an VII, il a paru nécessaire à la jurisprudence de tempérer et de restreindre la portée de l'exception. Il est admis aujourd'hui que l'exemption du droit proportionnel de mutation ne profite et ne doit profiter qu'aux actes constitutifs d'apports proprement dits ; que par suite le droit proportionnel serait très légalement exigible si, au lieu d'effectuer un apport, un associé avait uniquement consenti une vente à la société indépendamment de son apport. Cette interprétation n'a rien qui puisse surprendre. Il est bien certain qu'un associé peut faire personnellement des opérations avec la société à laquelle il appartient ; il peut non seulement lui apporter des immeubles, mais encore lui en vendre, en outre de ceux qu'il veut bien apporter. Dans ce dernier cas, au lieu de recevoir en échange de sa propriété immobilière des droits sociaux ou parts d'intérêts, il en obtient immédiatement le prix, ou devient créancier de ce prix. En d'autres termes, la valeur qui, dans son patrimoine remplace la propriété immobilière aliénée au profit de la société, est à l'abri des bonnes ou mauvaise fortunes sociales, tandis que les parts d'intérêts s'élèvent ou s'abaissent, suivant la prospérité de la société. Même au cas où le prix est encore dû par la société, il en est ainsi. La créance du prix de l'immeuble vendu à la société, à ses débuts, est en effet privilégiée sur cet immeuble. Les créanciers sociaux ne peuvent y toucher sans se heurter au droit de préférence de l'ancien propriétaire. De plus, au terme de la société, l'attribution de l'immeuble sera une opération de partage, quel que soit du reste l'associé au profit duquel cette attribution ait eu lieu. Ainsi que le dit l'arrêtiste, sous la décision que nous analysons, le bien aliéné de cette façon figurera dans la masse partageable au même titre que les biens acquis par la société durant son existence et pourra être attribué à un associé autre que le vendeur, sans que cette attribution soit considérée comme une mutation soumise au droit proportionnel, par application de la jurisprudence de l'arrêt des Chambres réunies du 6 juin 1842.

L'arrêt cité au début de ces observations statue sur une question d'espèce née de la théorie qui vient d'être exposée plus haut. Il est remarquable, par une circonstance de détail qui a vraisemblablement touché la Cour de cassation. Les héritiers d'un fabri-

Digitized by Google

cant de sucre avaient mis en société l'usine appartenant à leur auteur et dont ils étaient copropriétaires dans des proportions déterminées. Il avait été stipulé que la société ainsi formée paierait à leur décharge le montant des créances hypothécaires inscrites sur ces immeubles. Y avait-il vente, ou apport pur et simple? Le droit proportionnel était-il exigible?

La Cour a condamné la prétention de la Régie. Elle a eu raison, ce nous semble. Si la nature de vente avait été reconnue à l'opération juridique accomplie, comme les immeubles de l'usine formaient les seuls apports des associés, il n'y aurait plus eu d'apports et partant plus de société, puisque d'après l'art. 1832 du Code civil, toute société suppose des apports. C'était déjà dans ce sens que s'était très nettement prononcé l'arrêt du 28 décembre 1870 (J. d. P. 1871, p. 57).

De plus, on sera sans doute frappé de cette considération à l'appui de la solution de la Cour. La situation de la société et des associés ne subissait aucune modification, par les paiements mis à sa charge. Il aurait toujours fallu payer les dettes afférentes à l'usine, dettes dont les associés étaient tous personnellement tenus. Il aurait fallu les payer, dans tous les cas, soit en aliénant une partie de l'actif social, soit en opérant des prélèvements sur les bénéfices sociaux.

USAGE D'UN ACTE EN JUSTICE. — PREUVE. — DÉBITEURS DES DROITS. — Cass. 18 décembre 1882, J. d. P. 1884, p. 177. Tribunal de Tonnerre, 10 août 1882, J. d. P. p. 432.

Par quelle formule peut-on définir l'usage d'un acte en justice, rendant applicable l'art. 23 de la loi de frimaire an VII? A coup sûr, il y aurait exagération à dire que tout acte cité au cours des débats d'un procès, par les avocats des parties, est produit en justice. Le mot « usage » dont s'est servi le législateur de l'an VII est assez caractéristique pour exclure une aussi large interprétation.

Il y a tout d'abord un cas qui ne peut pas embarrasser. Si la contestation dont la justice est saisie a pour objet un acte non enregistré, on ne peut pas dire qu'il n'y ait pas usage de l'acte. Les droits sont par suite exigibles.

Digitized by Google

Mais, l'acte peut n'être pas discuté dans sa validité, et être tout simplement invoqué comme moyen de défense. Que penser en ce cas ? L'art. 23 s'applique-t-il ? L'affirmative nous paraît indubitable. Si l'on prend en effet le mot *usage* dans son sens naturel, il paraît certain que celui qui fait d'un acte la base de sa défense, en fait usage, au même degré que le demandeur qui en fait la base de sa prétention. La formule de la jurisprudence est au surplus bien plus compréhensive. « L'usage qui rend nécessaire l'enregistrement préalable de l'acte existe, non seulement quand le litige porte sur les conventions que l'acte contient et sur l'application de ses clauses, mais toutes les fois que la production en a été faite dans un but et au soutien d'un intérêt en vue duquel la partie a jugé utile de s'en servir. »

Dans l'espèce que la Cour suprême a jugée, les anciens gouverneurs et sous-gouverneurs du Crédit foncier, actionnés par un groupe d'actionnaires, avaient invoqué un traité conclu avec une autre société aux termes duquel ils étaient déchargés de toute responsabilité. C'était évidemment le cas d'appliquer l'art. 23. On ne conçoit même pas qu'un débat sérieux ait pu s'engager sur ce point.

Les redevables avaient objecté, il est vrai, que l'instrument du traité n'avait pas été matériellement produit et que la production était nécessaire pour qu'il y eût usage dans le sens de l'art. 23. Cette objection a été rejetée, avec raison. Il serait par trop facile, avec une autre solution, de se soustraire à la disposition de la loi de frimaire.

Le même arrêt tranche une dernière question : à qui la Régie doit-elle s'adresser pour le paiement des droits afférents à l'acte dont il est fait usage en justice ? Évidemment à ceux qui en font usage. L'art. 23 le dit assez expressément, lorsqu'il prescrit l'enregistrement de l'acte préalablement à sa production. MM. Championnière et Rigaud avaient prévu cette difficulté. (*Traité d'enregistrement*, III, 3285). « En l'état du texte, disent-ils, il paraissait inutile d'indiquer par qui les droits seraient acquittés. Un acte peut être présenté à la formalité par une personne qui n'y est pas partie, et cette personne doit incontestablement acquitter les droits. »

CH. TESTOUD.

Digitized by Google

DE LA RESPONSABILITÉ DES LOCATAIRES ENVERS LE BAILLEUR

AU CAS D'INCENDIE

d'après le nouvel article 1734 du Code civil

Loi du 5 janvier 1883

Par M. Marc Sauzet, agrégé à la Faculté de Droit de Lyon.

SOMMAIRE.

I. 1-3. Le nouvel article 1734 du Code civil; Critiques; Essais de justification; Difficultés pratiques. — 4-6. Principe posé par la loi du 5 janvier 1883, sur la nature de la responsabilité du locataire. — 7-8. Portée de l'ancien art. 1734. — 9. Texte nouveau; Doutes qu'il soulève.
II. 10, 11. Art. 1734, 3e al., ambiguité du texte; Nécessité de l'interprétation. — 12. Si on peut dire qu'il y a dans le Code une présomption de faute contre le locataire. — 13. Conséquence tirée de cette idée fausse de présomption par la Chambre des députés. — 14. Réfutation par le Sénat. — 15. Que le Sénat n'a pas varié. — 16. Que la Chambre des députés a adopté la théorie du Sénat. — 17. Conclusion.
III. 18. Art. 1734, 2e al., le texte n'est pas décisif; il faut l'interpréter comme l'al. 3. — 19. Application des principes à cette hypothèse. — 20-23. La preuve que le feu a pris chez un locataire n'équivaut pas à la preuve d'une faute de ce locataire. — 24-25. Objection tirée de « *l'unité et de l'indivisibilité du fait* »; Réfutation. — 26-27. Objection tirée de « *l'unité de débiteur* »; Réfutation. — 28. Conclusion.
IV. 29. Hypothèse pratique. — 30. Aff. *l'Urbaine* contre *le Phénix*. — 31. Aff. *la Mutuelle Immobilière* contre *le Monde*. — 32. Solutions proposées; Système intermédiaire. — 33. Il découle des principes. — 34. Double droit du bailleur. — 35. Des dommages causés aux parties communes de la maison. — 36. De l'incendie qui éclate dans ces parties communes. — 37. Objection tirée de considérations pratiques. — 38. Objection tirée de l'art. 1734, 1er al. — 39. Portée à donner à ce texte. — 40. Conclusion.

I.

1. L'application du nouvel article 1734 du Code civil, issu de la loi du 5 janvier 1883, a déjà donné lieu à plusieurs procès et à des décisions judiciaires fort diverses. Il n'y a pas à s'en étonner : les auteurs de la loi eux-mêmes, avec une perspicacité qu'on ne saurait trop louer, quoi qu'il soit permis de regretter qu'elle ait été inutile, avaient prévu ces difficultés. « Il « est à craindre, disait le rapporteur de la Chambre des députés, « que le système qui a prévalu devant le Sénat ne donne lieu à « de nombreux procès; » [1] mais la commission, « subordonnant « ses préférences à l'intérêt de la réforme en jeu, » se résignait

[1] Rapport de M. Durand, *J. Off.* Doc. parl. Ch., nov. 1882, p. 2416.

Digitized by Google

à admettre le système tel quel du Sénat et la Chambre sanctionnait, sans observation aucune, les conclusions du rapport [1].

M. Guillouard, dans son récent traité du *Contrat de louage* [2], partage les prévisions pessimistes de M. Durand. Les derniers documents de jurisprudence sur la question ne semblent pas être parvenus à sa connaissance ; seuls quelques recueils spéciaux les ont reproduits en effet, mais le savant professeur n'en pressent pas moins les difficultés ; il croit que « la combinaison de l'an« cien article 1733 avec le nouvel article 1734 donnera naissance « à de nombreux procès. » Il eût pu parler au passé.

2. Est-ce à dire que la loi nouvelle soit obscure dans son texte ? que les travaux préparatoires aient été confus ? « Quelques avocats » l'ont laissé entendre, paraît-il. M. le sénateur Batbie, qui a été le rapporteur de la loi au Sénat, ne le pense pas ; dans l'étude qui vient de paraître dans la *Revue critique* [3], il reproche spirituellement à l'intérêt privé d'être la cause de tout le mal avec « ses ressources inépuisables pour faire naître des doutes sur « les dispositions les plus précises ; » il déclare que le texte « ne « peut pas offrir de difficulté sérieuse », et, avec une expérience des hommes et des choses contre laquelle nous n'oserions élever une contradiction directe, il affirme « que les subtilités ont toutes « été inventées par les plaideurs et non par les docteurs en droit. »

Malheureusement pour la pratique, et quoique la loi du 5 janvier 1883 ait été principalement élaborée par les soins de députés, docteurs en droit, ennemis dès lors des subtilités, les procès sont nés... ils naissent. La plupart des décisions que nous connaissons émanent de tribunaux de première instance ; sauf un arrêt de la Cour de Nîmes du 15 mars 1884 [4], nous ne relevons aucune solution en appel. La Cour de cassation n'a pas encore statué. Nous savons cependant, de source certaine, que les Compagnies d'assurances ont hâte d'être fixées sur l'interprétation de la Cour suprême ; tant que la question reste entière, comment peuvent-elles calculer avec quelque certitude l'influence de la loi nouvelle sur les risques locatifs ?

[1] Séance du 28 déc. 1882, *J. Off.* du 29, p. 2230 (Déb. parl.).
[2] Paris, Pedone-Lauriel, 1885, T. I, p. 300, n° 277 *in f.*
[3] Décembre 1884, p. 736-745.
[4] *J. des Assurances*, 1884 p. 61.

Digitized by Google

3. L'honorable M. Batbie s'étonne que les contrats d'assurance, antérieurs à la loi de 1883, n'aient pas été déjà modifiés. « Ce qu'il y avait à faire, écrit-il, c'était aussitôt après — et « même avant — la promulgation de modifier les contrats d'assu- « rance, puisque le risque allait être modifié [1]. La prudence con- « seillait aux parties de le demander, et il était du devoir des « compagnies de s'y prêter. »

Nous pensons, en effet, — d'une part, que de nombreux locataires ont eu l'idée que nous avons eue nous-même, de demander une réduction de prime pour leurs assurances *risques locatifs*, puisque ces risques étaient diminués; — d'autre part que les Compagnies, elles aussi, ont dû se préoccuper de faire payer aux propriétaires d'immeubles loués, leurs assurés, une prime plus élevée, parce que les risques du bailleur, au cas d'incendie, étaient aggravés.

Mais locataires et assureurs se sont heurtés sans doute au même obstacle ; l'incertitude sur la portée exacte de la modification des risques par le nouvel article 1734.

Si bien que, à tout prendre, contrairement à l'opinion si considérable du rapporteur du Sénat, ce ne sont pas seulement les avocats — *genus subtile* — mais les juges, le rapporteur de la Chambre, le plus récent auteur sur la matière, les compagnies d'assurance, les propriétaires et les locataires, premiers intéressés à comprendre la loi, qui disputent sur son sens précis. La réputation de parfaite lucidité du texte nouveau nous paraît donc singulièrement compromise ; nous sera-t-il permis d'avouer que, malgré l'intervention de notre savant maître de la Faculté de Paris, nous sommes obsédé d'un très grand doute ?

4. Toutefois, disons-le tout d'abord, il est un point — essentiel, fondamental — sur lequel la discussion de la loi de 1883 nous paraît avoir fait la lumière la plus complète ; nous voulons parler de la nature même de la responsabilité du locataire envers le bailleur, au cas d'incendie.

En 1879, l'exposé des motifs de M. Viette, le rapport som-

[1] Bien avant le vote de la loi, nous avions indiqué ce contre-coup fatal d'une modification de l'art. 1734, sur les rapports entre assureurs et assurés. *Note sur le projet d'abrogation* des art. 1733 et 1734, *Revue Critique*, 1879, p. 577, n° 12, *in f.*

Digitized by Google

maire de la commission d'initiative [1] par M. Seignobos, présentaient sur la nature de cette responsabilité des idées juridiquement inexactes. Déjà, à cette époque, nous avions signalé ce que nous considérions comme une erreur certaine, fort grave dans ses conséquences; notre opinion n'a pas varié.

La responsabilité du locataire vis-à-vis du bailleur y était considérée comme dérivant des art. 1382 et s., d'où on concluait que l'article 1733, en imposant au locataire l'obligation de prouver le cas fortuit, cause de l'incendie, pour se soustraire à sa responsabilité, était contraire au droit commun en matière de preuve. Ce doit être, pensait-on, au bailleur à prouver la *faute* (imprudence ou négligence) du locataire, sur laquelle est fondée la responsabilité de celui-ci; il faut supprimer la *présomption de faute* exceptionnelle que renferme l'article 1733.

L'erreur n'était que le résultat d'une confusion trop souvent faite entre deux espèces de responsabilité : la responsabilité *délictuelle* — la responsabilité *contractuelle* [2], sanctionnant l'une la faute *délictuelle* « Aquiliana » du droit romain, celle des articles 1382 et s., l'autre la faute *contractuelle* qui consiste dans l'inexécution par le débiteur de l'une des obligations de son contrat [3] (art. 1147 et s. art. 1302).

[1] Cités dans le *Traité du Louage*, de M. Guillouard, I, p. 254 et s.

[2] Voyez le *Traité de la Responsabilité et de la Garantie* de M. Sainctelette avocat, représentant, ancien ministre; Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Maresq ainé, 1884. L'habile écrivain, auteur de cette étude, pleine de vues si originales, propose de réserver le nom de *garantie* à la responsabilité contractuelle, espérant éviter ainsi « une confusion de langage qui, comme il arrive toujours, a conduit à une confusion des idées. » Tout en partageant la plupart des idées théoriques du savant publiciste, nous ne sommes pas convaincu de l'utilité d'accepter cette terminologie. Nous sera-t-il permis d'ajouter que certaines appréciations personnelles, émises dans cet ouvrage sont faites au moins pour surprendre, surtout sous une plume si exercée et si sûre d'elle? Que penser notamment de la note qui concerne l'un de nos maitres les plus respectés? (p. 23) Comment parler de « dédain systématique des documents contemporains » chez un professeur de Droit romain, il est vrai, professeur éminent, qui sait être, en même temps, le collaborateur le plus actif de nos principaux recueils de jurisprudence, dans les questions les plus variées et les plus modernes?

[3] M. le professeur Chironi de l'Université de Sienne a publié la première partie d'un *Traité sur la Faute*, consacrée à l'étude de la *Faute contractuelle* (Turin, Bocca, 1884). La seconde partie traitera de la *Faute extra-contractuelle*. Les indications de bibliographie internationale sur le sujet sont très nom-

Digitized by Google

Cette confusion ne pouvait échapper à des esprits juridiques. Relevée à la Chambre des députés par MM. Durand et Drumel, notamment, elle était au Sénat l'objet d'une réfutation décisive de la part de M. Batbie [1] :

« Le dommage à la chose d'autrui peut être causé :

« 1° Ou par une personne qui n'était à l'égard du propriétaire « dans les liens d'aucun contrat;

« 2° Ou par une personne qui avait contracté avec le propriétaire.

« Dans le premier cas, l'auteur du dommage est sans doute « tenu de le réparer et même pour le tout (art. 1382), mais le pro- « préitaire demandeur est obligé de démontrer quel est l'auteur du « fait dont il poursuit la réparation. Le propriétaire est demandeur, « et *onus probandi incumbit ei qui agit.* — Au contraire s'il existe « entre les parties des rapports contractuels, la position est mo- « difiée. Le propriétaire agit en vertu du contrat et demande la « restitution de la chose, car le détenteur — le preneur par « exemple — est, en vertu de son contrat, obligé de restituer. Le « propriétaire est demandeur, il est vrai ; mais pour justifier sa « demande, il lui suffit d'exhiber son bail et de lire l'obligation de « rendre contractée par le preneur. Celui-ci est tenu de restituer « l'objet qu'il détient par suite du contrat, à moins qu'il ne « prouve que l'objet a péri par cas fortuit (art. 1302). Il répond « à la demande par la perte de la chose; c'est à lui à prouver la « perte par cas fortuit : *in excipiendo reus fit actor.*

« En d'autres termes, dans le cas de l'art. 1382, C. civ., entre « parties qui ne sont pas liées par des contrats, le propriétaire « est obligé, pour justifier sa demande, de prouver que la chose a « péri par le fait et la faute du défendeur.

« Dans le cas de l'art. 1302 le propriétaire agit en restitution « en vertu du contrat, et le détenteur, s'il excipe de la perte for- « tuite, doit prouver son exception et démontrer que la chose a « péri sans sa faute.

« Les art. 1732 et 1733 sont l'application à la matière du bail « de la règle posée dans l'art. 1302 du C. civil. »

breuses dans cet ouvrage qui nous parait mériter à tous égards d'être traduit en français.

[1] Rapport, *J. Off.*, Doc. parl. Sénat, mai 1882, p. 245 et s.

Digitized by Google

5. C'était bien la même théorie que celle qu'avait indiquée déjà M. Durand dans son premier rapport [1] :

« La responsabilité imposée aux locataires, au cas d'incendie, « par l'art. 1734 *n'est qu'*une application *logique* des règles qui « gouvernent les contrats et spécialement du principe général « inscrit dans l'art. 1302 contre le débiteur d'un corps certain.

« Un immeuble a été livré au preneur à bail pour un temps « limité, il a pris l'engagement de veiller à sa conservation, il « s'en est constitué le gardien jusqu'à l'époque où il est tenu d'en « opérer la restitution, il doit donc le rendre et le rendre dans « l'état où il l'a reçu, et s'il ne le rend pas, apporter la preuve « qu'il est fondé à ne pas le rendre, c'est-à-dire que la perte en « est arrivée sans sa faute. »

Le second rapport de M. Durand [2], après modification de la loi par le Sénat, rappelle ces principes et les reproduit.

Il nous semble donc incontestable, malgré l'opinion divergente soutenue au Sénat par M. Robert de Massy [3], que le fondement de la responsabilité du locataire est l'article 1302 du Code civil : cette responsabilité découle de l'obligation de restituer les lieux loués que lui impose son contrat.

6. Le tribunal de la Seine, dans un jugement que nous aurons à plusieurs reprises l'occasion de citer [4], l'a nié cependant par des motifs que M. Batbie a reproduits dans l'article précité de la *Revue critique* et qu'il réfute d'une façon péremptoire. Nous nous bornons à faire observer ici que le tribunal se trompe quand il semble affirmer que le Sénat seul a émis la proposition que la responsabilité du locataire était fondée sur l'obligation de rendre inscrite dans l'art. 1302 ; la Chambre des députés a, sur ce point,

[1] *J. Off.*, Doc. parl. Ch. mars, 1882, p. 391.

[2] *Ibid.*, Doc. parl. Ch., nov. 1882, p. 2416.

[3] M. Robert de Massy a soutenu que l'art. 1733 dérogeait au droit commun, et que si ce texte disparaissait « le propriétaire rentrerait dans le « droit commun ; il n'aurait plus de *présomption* de droit à faire valoir « contre ses locataires, il n'aurait d'action en responsabilité contre eux « que quand il établirait que c'est celui-ci et non celui-là qui a été la « cause de l'incendie : *il invoquerait le principe de droit commun écrit dans l'art.* 1382, C. civ.

Première délibération, *J. Off.*, Déb. parl. Sénat, mai 1882, p. 529.

[4] 6e Ch. 2 août 1884, *Journ. des assurances*, nov. 1884, p. 544.

Digitized by Google

partagé pleinement l'opinion du Sénat : nous croyons l'avoir montré.

Voilà donc un résultat certain de la loi nouvelle : elle précise avec une extrême netteté la nature de la responsabilité du locataire, responsabilité *contractuelle* qui a son principe dans l'art. 1302, non dans l'art. 1382 [1].

Cette notion fondamentale nous guidera dans tous les détails de l'interprétation souvent si délicate de l'art. 1734 (nouveau) ; mais, avant d'y arriver, il importe de se rendre un compte très exact de la portée de l'art. 1734 (ancien).

7. C'était une question classique à l'École de se demander si la solidarité établie entre les co-locataires par ce texte était une vraie, complète, *parfaite*, solidarité produisant tous les effets indiqués notamment par les art. 1206 à 1207. Parmi les docteurs, les uns disaient : oui ! il n'y a pas deux espèces de solidarité. — Les autres disaient : non ! il ne s'agit ici que d'une obligation *in solidum*. Tous n'auraient pas échappé au reproche de subtilité, mais tous, subtils ou non, paraissaient d'accord pour admettre deux effets de l'obligation telle quelle (*solidaire* ou *in solidum*) de l'art. 1734 :

1° Si l'un des colocataires était insolvable, cette insolvabilité pesait sur les autres ;

2° Si l'un des colocataires s'exonérait de sa responsabilité, en prouvant que le feu n'avait pas pris chez lui, les autres, dans ce cas encore, comme dans le précédent, devaient *le tout*.

8. Imaginerait-on aujourd'hui, pour contester que telle ait été la double conséquence de la solidarité de l'art. 1734 (ancien) de dire : mais non ! si les locataires (ou le locataire) chez qui il est prouvé que le feu a pris étaient tenus *au tout*, ce n'était pas là une conséquence de la solidarité ! La preuve en est que l'art. 1734, après avoir posé dans son 1er al. le principe que les co-locataires sont responsables *solidairement*, contient un al. 2

[1] M. de Lalande, dans son récent *Traité du Contrat d'assurance contre l'incendie* (Paris, Thorin, 1885), méconnaît de la façon la plus complète cette portée de loi de 1883 : il voit dans l'art. 1733 une combinaison du principe de l'art. 1382 avec celui de l'art. 1302 « pour aggraver la responsabilité du locataire » n° 625, *in f.* Aussi n'est-il pas étonnant que l'auteur critique vivement les solutions de la loi nouvelle, nos 662, 670.

Digitized by Google

portant que, si tous s'exonèrent moins un, celui-ci *est seul tenu ;* — et un al. 3 : si quelques-uns s'exonèrent, *ils ne sont plus tenus.* Si les rédacteurs du Code ont jugé utile d'écrire ces deux alinéas, c'est que les solutions qu'ils renferment, l'obligation *au tout,* n'était pas la conséquence naturelle de la solidarité établie par l'al. 1.

L'objection ne serait que spécieuse. Le but des deux derniers alinéas de l'art. 1734 (ancien) ne nous paraît pas, en effet, avoir été de mettre à la charge des locataires (ou du locataire) chez qui il est prouvé que l'incendie a éclaté une obligation *au tout* qui ne découlerait pas naturellement de la solidarité. Si l'art. 1734 s'était borné à poser le principe (al. 1er) d'une solidarité légale entre les locataires, sans rien ajouter de plus, que serait-il arrivé dans le cas où quelques-uns d'entre eux auraient prouvé que le feu avait pris chez les autres ? Aurait-on hésité à déclarer ceux-ci tenus de payer une indemnité totale ? Nous ne le pensons pas ; mais, avec l'art. 1205, C. civ., on aurait prétendu que ceux-là mêmes qui ont fait la preuve de l'absence de toute faute de leur part, qui prouvent le cas fortuit, n'étaient pas libérés, — qu'ils continuaient à être tenus pour la valeur de l'immeuble incendié.

C'est pour écarter cette conséquence de la solidarité, commandée par l'art. 1205, que les deux derniers alinéas de l'article 1734 ont été écrits, non pour mettre à la charge des locataires restés responsables une obligation *au tout* qui allait de soi.

Conclusion : l'art. 1734 et le principe par lui posé de la responsabilité solidaire avait pour effet de garantir le propriétaire, le bailleur :

1° Contre les chances d'insolvabilité de ses locataires ;

2° Contre la possibilité pour quelques-uns de s'exonérer de toute responsabilité en prouvant que le feu n'avait pas pris chez eux ou qu'il avait pris chez l'un d'entre eux.

9. Survient la loi du 5 janvier 1883. Si elle se bornait à abroger la solidarité entre les colocataires, à les déclarer « responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur locative de la partie qu'ils occupent, » nous n'hésiterions pas à

Digitized by Google

dire, d'abord, que le bailleur n'est plus garanti contre les chances d'insolvabilité de ses locataires; si cette insolvabilité de l'un d'eux ou de quelques-uns se produit, c'est à lui bailleur, ce n'est pas aux autres locataires solvables à la subir. — Cette solution, depuis la loi nouvelle, ne fait pas de doute.

Mais nous dirions aussi : le bailleur n'est plus garanti contre les chances d'exonération de responsabilité de ses locataires. Si l'un s'exonère en prouvant que le feu n'a pas pris chez lui, le bailleur devra supporter la part proportionnelle de celui-là dans l'indemnité totale. — Si tous s'exonèrent moins un, il en sera de même. Ce locataire resté seul responsable, en face de l'exonération de tous les autres, l'est comme il l'était auparavant : comment sa responsabilité *contractuelle* pourrait-elle se trouver modifiée par un fait postérieur au contrat et indépendant de lui?

Nous touchons à la difficulté.

La loi du 5 janvier 1883, en effet, sous le prétexte louable de « reproduire autant que possible le Code civil et de n'y introduire « que les mots nécessaires pour exprimer l'innovation qui pa- « raissait juste [1] », a conservé les deux derniers alinéas de l'ancien article 1734.

Pourquoi?

Assurément ils ne peuvent plus avoir la portée que nous venons de leur assigner dans le texte primitif; car les colocataires ne sont plus débiteurs solidaires; en cas de perte fortuite prouvée par quelques-uns, ceux-ci n'ont plus à redouter l'application de l'art. 1205 qui les oblige à restituer la valeur de la maison détruite.

Est-ce donc que les rédacteurs de la loi de 1883, donnant à ces deux derniers alinéas une signification nouvelle, ont conservé un des effets de la solidarité qu'ils abrogeaient? Ont-ils voulu que le bailleur restât garanti, sinon contre les chances d'insolvabilité de quelques-uns de ses locataires, du moins contre les chances d'exonération, pour quelques-uns, de leur responsabilité proportionnelle, par la preuve que le feu n'avait pas pris chez eux?

La question se pose dans ces mêmes termes pour les deux

[1] M. Batbie, *J. Off.* Déb. parl. Sénat, juillet 1882, p. 868.

Digitized by Google

hypothèses prévues aux deux derniers alinéas du texte; mais nous devons les examiner successivement. Nous tâcherons de nous astreindre à une méthode rigoureuse, le tribunal de la Seine[1] affirme, en effet, (et nous adhérons entièrement à ce considérant de sa décision) :

« Qu'en présence de dispositions ne présentant *ni ambiguité* « *ni obscurité*, on doit se demander s'il est permis de prétendre « qu'il y a lieu à interprétation ; — qu'il serait fort dangereux « d'admettre l'affirmative, d'une part, parce que la loi étant la « règle civile des citoyens, il n'y aurait plus de sécurité s'ils ne « pouvaient s'en rapporter à un texte d'une clarté parfaite ; de « l'autre, parce que quels que soient les motifs de la discussion « d'une loi qu'on puisse invoquer contre le sens littéral, il n'est « jamais certain que celui-ci ne reproduit pas en définitive la « pensée dernière de ses auteurs ; — qu'il faut, dans tous les « cas, pour justifier l'interprétation et la faire accepter, des argu- « ments d'une saisissante évidence... »

Nous sommes donc prêt à nous incliner devant le sens littéral de la loi, si elle ne présente « *ni ambiguité ni obscurité* ».

II.

10. Est-ce le cas pour le 3e al. de l'art. 1734? Responsabilité des locataires proportionnelle à la valeur locative de la partie qu'ils occupent « à moins que quelques-uns ne prouvent que « l'incendie n'a pu commencer chex eux, auquel cas *ceux-là* « *n'en sont pas tenus.* »

Assurément ce texte ne dit pas expressément que ceux des locataires qui restent responsables après exonération de quelques-uns des autres, le sont *pour le tout.* Donc, dans cette hypothèse, (et nous ne pensons pas que l'honorable M. Batbie puisse songer à le contester ; l'article de la *Revue critique* n'y fait aucune allusion), rien, dans le texte pris à la lettre, ne montre que les rédacteurs de la loi nouvelle ont voulu, dans l'intérêt du bailleur, mettre à la charge des co-locataires restés responsables la réparation *totale* du préjudice résultant de l'incendie.

[1] Jugement précité.

Digitized by Google

11. *Voici une maison qui vaut 90,000 fr.* Elle est occupée par quatre locataires :

Primus paie un loyer de.....	3,000 fr.
Secundus.....	1,500
Tertius.....	1,000
Quartus.....	500
Total des loyers	6,000

Un incendie éclate, la maison périt entièrement. La règle de proportion de l'art. 1734, 1er al., s'applique sans difficulté :

Primus doit....	45,000 fr.
Secundus.....	22,500
Tertius.....	15,000
Quartus.....	7,500

Primus démontre que le feu n'a pu commencer chez lui. L'article 1734 3e al., pris dans son sens littéral, dit simplement que Primus n'est pas tenu ; mais il ne dit pas que sa part contributive dans la réparation du sinistre (45,000 fr.) sera à la charge des trois autres locataires ; — il ne dit pas non plus que le bailleur aura à supporter ces 45,000 fr. au paiement desquels Primus échappe. Il y a donc *ambiguité, obscurité* ; il y a lieu à interprétation.

Or pour l'entreprendre deux moyens s'offrent à nous : l'examen des travaux préparatoires, — l'application du principe si formellement admis par les rédacteurs de la loi de 1883, à savoir que la responsabilité des locataires est contractuelle, qu'elle est fondée sur l'art. 1302, C. civ.

12. Nous avons dit avec quelle netteté et souvent quel bonheur d'expression ce caractère contractuel de la responsabilité des locataires avait été affirmé, tant à la Chambre qu'au Sénat. Et cependant les savants auteurs de la loi n'ont pas su se défendre d'une formule qui nous paraît en être la négation même : à plusieurs reprises ils parlent de *faute présumée* du locataire, — de *présomption de faute* contre les locataires. Par exemple M. Batbie écrit dans son rapport [1] : « Quand il occupe seul une maison,

[1] *J. Off.*, Doc. parl. Sénat, mai 1882, p. 245, col. 3.

Digitized by Google

« le preneur qui, *en vertu de son bail*, est tenu de rendre l'im-
« meuble entier, doit payer la valeur de l'édifice incendié, s'il ne
« prouve que la destruction a eu lieu par cas fortuit. Il y a
« contre lui *présomption de faute*, et cette *présomption* s'explique
« par la position respective du locataire et du propriétaire : car
« ordinairement le feu prend par la négligence du locataire, et,
« sur ce fait habituel, il est naturel qu'on ait fondé une *présomp-*
« *tion* contre le preneur. Comme le disait le jurisconsulte Paul,
« *incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium.* »

Soit dans l'exposé des motifs, soit dans le rapport de M. Durand, on relèverait le même langage.

Il faut, suivant nous, choisir.

On ne peut pas, dans un langage juridique exact, dire à la fois que la responsabilité du locataire est contractuelle et qu'il y a une présomption de faute contre lui.

En effet, reconnaître que les art. 1733 et 1734 déclarent le locataire responsable de sa faute contractuelle, c'est dire : le contrat de bail impose au locataire l'obligation de restituer les lieux loués; s'il ne les restitue pas, s'il n'exécute pas son obligation, il y a là de sa part une faute qui le soumet à l'action en indemnité de son bailleur, sauf le droit pour lui d'échapper à ce recours en prouvant que l'inexécution de son obligation est purement fortuite (1302). — L'inexécution par l'un des contractants de l'une de ses obligations, voilà la faute qui le rend responsable, qui le soumet à garantie... Il n'y a pas à la présumer [1].

Mais, au moins depuis Pothier [2] qui fondait l'obligation du locataire de rétablir la maison incendiée sur ce que « l'incendie est facilement *présumé* arrivé par la faute du locataire », on s'en tient à cette manière de parler, manière commode et claire en ce qu'elle indique nettement la situation respective des parties, sous le rapport du fardeau de la preuve, mais qui est périlleuse par les idées qu'elle suggère, par les conséquences que peut paraître comporter l'existence d'une présomption.

Comment a-t-on souvent essayé de justifier la solidarité que

[1] Cf. ce que nous écrivions déjà, dans la *Revue Critique* sur la *Responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers*, 1883, p. 613, n° 32, note 2.

[2] *Contrat de Louage*, partie III, chap. II, art. 4, § 2, n° 194.

Digitized by Google

l'ancien art. 1734 établissait entre les locataires? A l'aide de cette idée de *présomption de faute* « planant sur tous indistincte-« ment de telle sorte que chacun est censé avoir endommagé la « totalité [1]. »

Les travaux préparatoires de la loi nouvelle sont particulièrement instructifs à ce point de vue.

13. La Chambre des députés avait adopté un texte qui ne laissait place à aucun doute ; l'art. 1374, 3e al., portait en effet : responsabilité proportionnelle des locataires, « à moins que quelques-« uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, au-« quel cas ceux-là n'en sont pas tenus, *et les autres répondent* « DU TOUT *dans la proportion indiquée au* § 2 *du présent* « *article.* »

Comment justifiait-on cette solution, absolument contraire au caractère contractuel de la responsabilité des locataires, inconciliable en effet avec cette idée que chacun d'eux n'est tenu de restituer que ce qu'il a reçu? L'exposé des motifs de M. Durand est d'une netteté remarquable [2] : « Nous avons dû enfin envisager « le cas, formellement prévu par l'art. 1734, où quelques-uns « des locataires échapperont à toute responsabilité en prouvant « que l'incendie n'a pu commencer chez eux. Fallait-il alors, « *par une application rigoureuse de la règle que leur obligation* « *est limitée à ce qu'ils ont loué,* faire supporter au propriétaire « la conséquence de cette preuve et ne lui donner action contre « les autres que pour la part de chacun? Nous ne l'avons pas « pensé. En principe, et *a priori,* quand la cause d'un incendie « n'est pas connue, tous les locataires sont *présumés en faute.* « Lorsque l'un d'eux établit qu'il ne l'est pas, la présomption « *ne peut que* se reporter tout entière sur les autres, et c'est dès

[1] M. Robert de Massy au Sénat, séance du 23 mai 1882, *J. Off.*, Déb. parl. p. 527. Cf. M. Larombière, *Traité des Obligations*, t. II. Art. 1202, n° 22, *in f.* — Pothier (*loc. cit.*) arrivait à une conclusion diamétralement opposée; il pensait qu'aucun des locataires n'était tenu quand on ignorait chez lequel l'incendie avait commencé. « Car étant entièrement incertain par la « faute duquel le feu a pris, il ne peut y avoir lieu contre aucun d'eux « à *aucune présomption de faute* qui puisse servir de fondement contre lui « à la demande du locataire. » L'opinion de Pothier n'avait pas prévalu. Voyez sur ce point le *Traité du Louage* de M. Guillouard, I, p. 248 et s.

[2] *J. Off.*, Doc. parl. Ch., nov. 1881, p. 1784.

Digitized by Google

« lors sur eux aussi que doit retomber d'autant la responsabilité « de l'incendie. »

Je retiens deux choses dans ce passage :

1° La nature *contractuelle* de la responsabilité du locataire conduit logiquement à limiter *en tous cas* son obligation de restituer à ce qu'il a reçu ;

2° On recule devant cette solution logique parce qu'une *présomption de faute* apparaît, en quelque sorte, comme indivisible. Quelques-uns y échappent-ils ? « Elle *ne peut que* se reporter « tout entière sur les autres. » Ne croirait-on pas entendre M. Robert de Massy justifier la solidarité de l'art. 1734, où le le tribun Mouricault, dans son rapport[1] qui, considérant comme « un fait certain que l'incendie qui commence dans une maison « est le produit de la faute des locataires » (voilà la présomption), conclut, « c'est donc sur ces locataires que doit porter l'action en « garantie, et quand le coupable n'est pas connu, *il faut bien* « que ce soit sur tous. »

14. Le projet de loi, voté dans ces termes très clairs à la Chambre, arrive au Sénat. Il faut lire le passage du rapport de l'honorable M. Batbie[2] où le défaut d'harmonie entre le 1er et le 3e alinéa de l'art. 1734 est relevé.

« S'il est juste que la responsabilité, en cas d'incendie, soit « limitée à une part corrélative à la valeur locative, pourquoi « cette part serait-elle augmentée par l'exonération d'un ou de « plusieurs locataires ? Ce serait rentrer dans l'obligation *in so-* « *lidum* après l'avoir condamnée et y avoir substitué l'obligation « *pro rata parte.* — Sans doute, la part de celui qui a fait la preuve « qu'il n'est pas en faute sera supportée par le propriétaire ; mais « l'objection ne doit pas vous arrêter, car il est naturel que la perte « tombe sur le propriétaire, en vertu du principe *res perit domino.* « Les locataires, à moins que la faute de l'un d'eux ne soit dé- « montrée, ne pourraient être tenus qu'en vertu *d'une présomp-* « *tion qu'on n'a pas trouvé juste de maintenir,* et d'une res- « ponsabilité collective qu'on a été d'avis de supprimer. La

[1] Fenet, XIV, p. 328-329.

[2] *J. Off.*, Doc. parl. Senat, mai 1882, p. 245.

Digitized by Google

« proposition, selon nous, retombe par le dernier § dans la res-
« ponsabilité collective que le premier § abroge. »

Et plus loin, après avoir magistralement démontré que les articles 1733 et 1734 ne sont que l'application du droit commun [1], le savant professeur conclut : « L'art. 1734, tel que nous vous pro-
« posons de le modifier, n'en sera aussi que l'application correcte
« — En effet, quand il y a plusieurs locataires, chacun d'eux n'est
« tenu de restituer *que la portion que le bailleur lui a livrée*. A
« l'égard des autres appartements il n'est *qu'un voisin* et en de-
« hors de tout engagement contractuel. Si pour son appartement,
« qui est l'objet de son bail, il est tenu en vertu de l'art. 1302,
« pour le reste de la maison, le locataire n'est obligé que par
« l'art. 1382. Aussi doit-il prouver pour la portion habitée par
« lui qu'il n'est pas en faute ; — pour les appartements voisins,
« il faut au contraire qu'on lui prouve qu'il est en faute, car on
« ne peut l'actionner pour cette portion des locaux que s'il a
« commis un délit ou un quasi-délit. — Ainsi la nouvelle ré-
« daction fera *rentrer complétement l'art.* 1734 *dans l'applica-*
« *tion des principes*, tandis que la rédaction adoptée par la
« Chambre laisse subsister une portion de l'injustice à laquelle
« on s'était proposé de porter remède. »

15. C'est sur ce rapport décisif, à la suite d'une discussion approfondie, que le Sénat vota, en première lecture [2], le texte proposé par sa Commission ; dans l'al. 3 les derniers mots ajoutés par la Chambre disparaissaient.

Cette suppression, dans la deuxième partie du texte, avait une portée indéniable, — du moins dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, celle où quelques-uns des locataires restent responsables, après exonération de quelques autres ; — elle signifiait que la part proportionnelle de ceux-ci dans l'indemnité to-

[1] Passage reproduit en entier au n° 4.

[2] Séance du 23 mai 1882. Voici le texte tel qu'il fut voté alors : « L'ar-
« ticle 1734 du C. civ. est modifié ainsi qu'il suit : Si une maison est habitée
« par plusieurs locataires tous sont responsables de l'incendie, *ainsi que*
« *le bailleur si celui-ci y habite également*, et chacun en proportion de la
« partie qu'il occupe, à moins que... quelques-uns ne prouvent que l'in-
« cendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas
« tenus. »

Digitized by Google

tale n'accroissait pas la dette des autres, mais pesait sur le bailleur.

Le Sénat est-il revenu sur cette décision dans ses votes suivants? On pourrait le croire en voyant le tribunal de la Seine affirmer « qu'en seconde lecture le Sénat *ne persista pas* dans la « rédaction qu'il avait votée, qu'il revint au texte du projet de « la Chambre des députés et qu'en définitive il l'adopta, mais en « retranchant ce qui avait été ajouté par cette dernière au para- « graphe final de l'art. 1734. »

Il ne saurait y avoir d'équivoque sur ce point. Il est bien vrai que la Commission du Sénat modifia en seconde lecture le texte adopté en première, mais le rapporteur a dit expressément[1] que la commission « n'avait pas eu, en faisant ce changement, la pen- « sée de modifier le sens de la première délibération. Nous avons « voulu seulement reproduire autant que possible le Code civil « et n'y introduire que les mots nécessaires pour exprimer l'in- « novation qui nous a paru juste. Ainsi nous n'avons pas main- « tenu ce qui était relatif au cas où le propriétaire habite la mai- « son louée. Cette mention nous a paru inutile, puisque chaque « locataire *n'est tenu que d'une part d'indemnité proportionnelle « à la valeur locative de la portion qu'il occupe.* Il était superflu « d'ajouter que le propriétaire n'aurait pas de recours pour la « portion qu'il habite. »

Et le vote a suivi sans aucune discussion; il semble même que ce jour-là le Sénat était absorbé dans des préoccupations d'ordre peu juridique, car le Président dut constater qu'il était « absolument inattentif ».

On peut donc affirmer, en présence des déclarations du rapporteur, que la modification du texte a laissé subsister intact le système admis en première lecture.

16. La loi fait retour à la Chambre des députés qui accepte la rédaction du Sénat. Ne l'a-t-elle fait qu'avec des restrictions? « Attendu, dit le tribunal de la Seine, que la Chambre des dépu- « tés a accepté ce qui avait été adopté par le Sénat, *tout en re- « grettant* le retranchement que ce dernier avait fait subir au « projet qui lui avait été envoyé; de sorte que le texte de la loi

[1] Séance du 23 juillet 1882, *J. Off*, Déb. parl. Sénat, p. 868.

Digitized by Google

« nouvelle, non seulement ne reproduit RIEN de la doctrine qui « *semblait* avoir les préférences de la Chambre haute, mais lui « est dans son sens littéral complétement opposé. »

On peut lire le deuxième rapport de M. Durand [1], on y verra très clairement que, malgré l'expression de quelques regrets, il y a adhésion entière, sans réserves, à la solution du Sénat. Enfin le vote a eu lieu à la Chambre sur l'urgence, et sans aucune observation [2].

Il est donc inexact de prétendre que la rédaction définitive de la loi ne reproduit RIEN de la doctrine qui avait été adoptée par la Chambre haute. Il n'est pas douteux qu'elle reproduit l'al. 3 avec la suppression finale que les idées du Sénat avaient entraînée; c'est donc que les idées du Sénat sont ratifiées par la Chambre, — en ce qui concerne tout au moins l'al. 3 de l'article 1734.

17. Conclusion : si nous avions à raisonner sur l'hypothèse théorique posée au n° 11, nous dirions : les 45,000 fr. au paiement desquels Primus échappe en prouvant que le feu n'a pas pris chez lui, ne sont pas à la charge de ses colocataires Secundus, Tertius, Quartus; ils constituent une perte pour le propriétaire.

C'est l'application stricte, logique, de l'art. 1302.

III.

18. Reste l'al. 2 de l'art. 1734.

C'est le point particulièrement délicat du sujet, le seul sur lequel ait porté l'argumentation de M. Batbie dans le récent article de la *Revue critique*. La portée de l'al. 3 telle que nous l'avons précisée n'est ni contestée ni contestable en présence des documents que nous avons empruntés aux travaux préparatoires.

Il s'agit de savoir maintenant si, après avoir fait dans l'al. 3 du texte nouveau « l'application stricte et logique de l'art. 1302 » dont nous venons de parler, les rédacteurs de la loi de 1883 ont déserté cette application dans l'al. 2.

[1] *J. Off.*, Doc. parl. Ch., nov. 1882, p. 2416.
[2] Séance 28 déc. 1882, *J. Off.*, Déb. parl. Ch., p. 2230.

Digitized by Google

On affirme que le texte ici ne laisse place à aucun doute : Responsabilité des locataires « à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là EN est seul tenu. »

EN..... de quoi? Évidemment de l'incendie, de la totalité du sinistre.

Ce monosyllabe serait-il appelé, comme quelques autres dans le Code civil, à une célébrité classique? M. Batbie [1] raille non sans raison la discussion « byzantine » qui s'est produite à l'audience sur les aventures de ce EN, au cours des travaux préparatoires. Le tribunal de la Seine n'en consacre pas moins un long considérant à démontrer que ce petit mot ne peut désigner que l'incendie total.

D'excellents esprits comprennent le texte autrement [2] : l'al. 2, comme l'al. 3, a pour but de dire que les locataires qui prouvent que le feu n'a pas pris chez eux sont libérés de toute responsabilité [3], l'al. 2 emploie seulement une formule différente de celle de l'al. 3. Quand tous les locataires moins un se sont affranchis de leur responsabilité, il dit que celui chez qui le feu a pris est seul tenu; — seul tenu de l'incendie, sans doute, mais dans quelle mesure ce débiteur unique est-il tenu de l'incendie ? L'al. 2 ne le dit pas et n'a pas à le dire.

C'est l'al. 1 qui a posé le principe pour tous les cas : ce principe c'est la responsabilité divisée, *pro rata parte*. Cette responsabilité limitée, c'est la seule qui puisse résulter du contrat de louage à la charge du locataire, c'est la seule qui découle de son obligation de restituer. « Il est bien dit, écrit l'auteur que nous « venons de citer [4], que cette responsabilité ne pèse, dans l'hy- « pothèse prévue par le 2e §, que sur un seul, et que, dans le « cas du 3e §, elle ne pèse que sur certains, mais il s'agit tou- « jours de la responsabilité divisée. »

[1] *Revue critique, loc. cit.*, p. 741.

[2] Voy. notamment la brochure de M. Auguste Lassaigne, à l'obligeance duquel nous devons la plupart des renseignements pratiques qui nous ont guidé dans cette étude. *Nouvelle loi sur les risques locatifs*, Paris, Anger, 1883.

[3] C'était utile à dire avec la solidarité de l'ancien art. 1734, c'est au moins superflu aujourd'hui. (Cf. n° 8 et 9).

[4] M. Lassaigne, p. 19.

Digitized by Google

Nous ne prétendons pas du reste aboutir à une solution par la discussion sur le sens du mot *en;* nous croyons seulement que cette discussion prouve l'incertitude du texte pris en lui-même. L'al. 2, comme l'al. 3, est une disposition *ambigüe et obscure* qui nécessite l'interprétation : comme pour l'al. 3 nous essayerons de la faire avec les travaux préparatoires et à l'aide des principes.

19. Or les principes ne peuvent pas ici être différents de ceux que nous avons admis dans l'hypothèse précédente. Nous inspirant de la doctrine dont nous avons emprunté déjà la formule à M. Batbie (n° 4), nous dirons donc : chaque locataire est tenu, en vertu de son contrat, de restituer ce qu'il a reçu, c'est-à-dire — art. 1733, s'il est locataire unique, la maison louée ou sa valeur, — art. 1734, s'ils sont plusieurs, l'appartement qu'il occupe dans la maison incendiée ou sa valeur soit, une part de la valeur totale proportionnelle à la valeur locative de son appartement.

Le droit commun, en matière de responsabilité contractuelle, ne l'oblige à rien de plus, en aucun cas.

Sans doute il peut arriver que, à côté de sa responsabilité *contractuelle,* sa responsabilité *délictuelle,* soit engagée et l'oblige au-delà. Il est possible que l'incendie soit le résultat, non pas simplement de son fait, mais de son délit, de sa négligence, de son imprudence (faute délictuelle), et alors il sera tenu de réparer *tout* le dommage résultant de cette faute, — non seulement dans la mesure de la valeur de l'appartement qu'il occupe, mais, sans limite aucune, le dommage causé aux appartements voisins comme au sien propre, aux maisons voisines comme à celle qu'il a louée.

C'est que la cause de son obligation n'est plus alors dans son contrat, limitée par suite à l'objet et aux prévisions du contrat; elle est dans sa faute même et elle s'étend à toutes les conséquences de cette faute, où qu'elles se soient produites, chez les autres aussi bien que chez lui.

Ainsi, s'il est vrai qu'en vertu de sa responsabilité contractuelle le locataire resté seul tenu des dommages-intérêts envers le bailleur, ne soit obligé qu'à une indemnité proportionnelle à

Digitized by Google

la valeur locative de l'appartement qu'il occupe, — il est certain aussi qu'en vertu de sa responsabilité délictuelle, il peut être obligé à une indemnité équivalant à la valeur totale de l'immeuble incendié.

Seulement, pour que cette responsabilité délictuelle — plus étendue — soit engagée, il ne suffit pas que la responsabilité contractuelle le soit. Celle-ci, en effet, dérivant de l'obligation de restituer les lieux loués que le contrat de bail met à la charge du locataire, existe dès lors que le bailleur n'obtient pas cette restitution, car dès lors le contrat est inexécuté. Celle-là est une suite du fait *fautif* imputable à la négligence, à l'imprudence du locataire; il faut que le bailleur prouve cette imprudence, cette négligence, cause unique de son droit à une indemnité.

20. De ces observations que conclure? c'est que, pour pouvoir réclamer à un seul de ses locataires la valeur totale de l'immeuble incendié, le bailleur, — depuis qu'il ne peut plus se prévaloir de la solidarité, — doit démontrer que l'incendie est dû à une *faute* de ce locataire.

Si cela est vrai, toute la question, dans l'hypothèse visée par l'al. 2 de l'art. 1734, se ramène à savoir si cette démonstration résulte au profit du bailleur de la preuve faite par tous les locataires que le feu a pris chez l'un d'entre eux.

On l'a dit formellement dans les travaux préparatoires, et nous tiendrions cette affirmation pour décisive si elle n'avait pas été très vivement et très justement contredite. L'honorable M. Batbie l'affirme encore dans l'article de la *Revue critique* : nous voudrions essayer une réponse [1].

[1] L'impartialité nous fait un devoir d'ajouter que l'opinion de M. Batbie trouve un appui très fort dans l'interprétation de l'art. 1589, C. civil italien, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Nous avons eu la curiosité d'être fixé sur ce point, car on sait que ce texte du Code italien renferme deux dispositions analogues à celles des deux derniers al. de notre art. 1734, nous nous sommes adressé à M. Chironi de l'Université de Sienne qui nous a répondu avec autant de netteté que de bonne grâce.

D'après lui l'opinion certaine, hors de doute c'est que le locataire a deux moyens pour se soustraire à sa responsabilité : ou bien il établit *par une preuve positive* que le eu a pris chez tel locataire, ou bien il établit *par ne preuve négative* que le feu n'a pas pris chez lui. Dans les deux cas la

Digitized by Google

21. Il y a des idées fixes qui oblitèrent la faculté de raisonner juste et de voir droit; nous nous demandons si nous sommes victime d'un accident pareil quand nous n'arrivons pas à être convaincu par cette argumentation d'un bailleur contre son locataire : « Il est prouvé que le feu a pris chez toi; donc il y a pris par ta faute. »

Qui ne voit, en effet, que si ce raisonnement est vrai contre un locataire sur quatre, il le sera aussi bien contre deux ou contre trois? Sur quatre locataires toujours, un, deux prouvent que le feu n'a pas pris chez eux [1]; — c'est donc qu'il a pris chez les trois, chez les deux autres; et pourquoi le bailleur ne dirait-il pas à ceux-ci : « Il est prouvé que le feu a pris chez vous, donc il y a pris par votre faute; par la faute duquel? je ne sais; mais par la faute de l'un au moins, j'en suis sûr. »

L'honorable rapporteur de la Chambre, M. Durand [2], ne tenait pas un autre langage — au fond — quand il montrait la présomption de faute écartée par quelques locataires « retombant de tout « son poids et avec d'autant plus de force sur ceux qui ne peu- « vent administrer une pareille preuve. » De là l'al. 3 *in fine* du projet de la Chambre.

Mais ce raisonnement, la commission du Sénat, nous y avons insisté (n° 14), n'a pas voulu l'admettre dans l'hypothèse de l'alinéa 3; lui aurait-il au contraire semblé convaincant dans l'hypothèse de l'al. 2?

22. M. Batbie, dans son rapport, après avoir rappelé un passage important du discours de M. Durand à la séance du 6 mars 1881 [3], dit excellemment : « Il y a dans l'argumentation de l'hono-

preuve faite a un effet *libératoire* pour celui qui l'administre, mais au premier cas il y a plus : la démonstration que le feu a pris chez tel locataire non seulement libère les autres, mais en outre « includendo la esistenza di un fatto a carico del coinquilino rende queste responsabile del intero. Qui questa ultima conseguenza attine alla entita della colpa debitamente, certamente stabilita. » C'est bien là, pensons-nous, le système que nous allons essayer de réfuter : la preuve de ce fait que le feu a pris chez un locataire assimilée à la preuve d'une faute de ce locataire.

[1] Et qu'il n'a pas pris dans les parties de la maison communes à tous les locataires.

[2] *J. Off.* Doc. parl. Ch., nov. 1882, p. 2416.

[3] Voici ce passage tel qu'il est rapporté par M. Batbie :

« Quand plusieurs locataires viennent démontrer d'une manière nette que

Digitized by Google

« rable rapporteur une confusion entre la preuve complète et la « présomption. Si, comme il le dit, la preuve est entière, il n'est « pas douteux que le locataire *dont la faute est démontrée* ne soit « tenu pour le tout. Que cette preuve soit faite directement ou « indirectement, peu importe; il suffit qu'elle porte la conviction « dans l'esprit du juge. »

Et il ajoute — mais ici nous nous séparons de notre guide, car il nous paraît tomber à son tour dans la confusion qu'il vient de relever : « Ainsi dans l'hypothèse qu'il expose (c'est celle de « l'al. 2), nous sommes porté à dire que la preuve est complète ; « car, [si l'un des locataires est en faute] (?) et que trois sur « quatre prouvent que le feu n'a pas commencé chez eux, il est « par cela seul démontré que le quatrième est responsable. »

N'est-ce pas une adhésion au raisonnement que nous mettions tout à l'heure dans la bouche du bailleur : le feu a pris chez toi, donc c'est par ta faute.

23. Le tribunal de la Seine nous paraît en avoir très heureusement relevé l'inexactitude, quand il dit que « la certitude que

l'incendie n'a pu commencer chez eux, *c'est aux autres* qui ne peuvent faire une preuve semblable *à supporter en définitive les conséquences* de la preuve faite par les autres.

« Pourquoi ? mais parce que les faits s'imposent avec toute leur puissance. Pourquoi? parce qu'il y a ici l'évidence même, parce qu'il y a *une preuve faite.* — Quelle est, en effet, cette situation? Précisons-la bien : *où le feu a-t-il commencé?* On ne le sait pas d'une manière précise; mais il est acquis qu'il n'est le résultat ni d'un cas fortuit ou de force majeure ni d'un vice de construction et qu'il n'a pas été communiqué par une maison voisine.

« Ce n'est pas tout : quelques locataires ont, en outre, établi que le sinistre ne leur est pas imputable.

« N'est-il pas vrai dès lors que la faute de ceux qui n'ont pu faire une pareille preuve devient non seulement une présomption, mais une *certitude*?

« Supposez, par exemple, qu'une maison soit habitée par quatre personnes, et que sur ces quatre locataires trois prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux. Qui donc oserait affirmer que ce n'est pas chez le quatrième, (qui d'ailleurs ne peut invoquer aucun des faits justificatifs prévus par l'art. 1733), que l'incendie a pris naissance ? Et comment dire alors, comme on le propose : Voilà trois locataires qui ont prouvé que l'incendie n'était pas leur fait, trois locataires qui ont démontré que l'incendie n'a pas commencé chez eux; en voici un quatrième qui ne prouve rien, absolument rien; néanmoins celui-là ne paiera la *maison* que dans la proportion de la valeur locative de son appartement? Ne serait-ce pas la négation de toute logique et de toute équité ? »

Digitized by Google

« le feu a pris dans un endroit déterminé n'équivaut pas à la « preuve d'une faute, et ne constitue qu'une présomption. » D'où le tribunal conclut que si, dans ce cas, le locataire chez qui l'incendie a commencé est tenu *pour le tout* (or, M. Batbie l'a affirmé), on ne peut plus dire que sa responsabilité soit contractuelle, qu'elle dérive du droit commun, de l'art. 1302.

Telle avait été déjà l'observation de M. Robert de Massy [1] dans la discussion. Ce locataire chez qui il est prouvé que le feu a pris n'est pas *démontré* en faute ; on ne peut le déclarer responsable *du tout* qu'en vertu *d'une présomption de faute*, illogique dans le système de la responsabilité contractuelle. « Il peut y « avoir un incendiaire inconnu, le feu peut avoir été mis par « suite d'un vice de construction sans que ce vice soit découvert « et sans que la preuve en ait été administrée. Ce locataire uni- « que sera responsable en vertu *d'une présomption* et respon- « sable de la totalité du préjudice souffert par le propriétaire. »

Celà nous semble l'évidence même.

En deux mots, nous pensons que le bailleur ne trouve pas, dans l'indication précise de l'appartement où le feu a pris, une preuve suffisante que le feu est dû à une faute du locataire qui l'occupe. Dès lors, il ne peut exiger d'indemnité qu'en vertu de la responsabilité contractuelle du locataire, non en vertu de sa responsabilité délictuelle, c'est-à-dire une indemnité proportionnelle à la valeur locative de l'appartement du locataire, non une indemnité totale.

24. M. Batbie insiste cependant avec une grande force et une grande variété d'arguments dans la *Revue critique*.

Le fait que, dans l'hypothèse où l'on a déterminé le locataire chez qui le feu a pris, il n'y a *qu'un débiteur*, lui paraît décisif à plusieurs égards. De l'unité du débiteur il conclut à son obligation *au tout* : « Quand le feu a pris chez un locataire [2], il n'y a « qu'un débiteur. Il est présumé en faute et c'est à lui à prouver « la force majeure. S'il ne le fait pas, *la présomption suffit pour* « *démontrer sa faute* et le faire condamner..... Comment ? le feu « a pris chez un locataire ; il est présumé en faute ; cette *pré-*

[1] Séance du 23 mai 1882, *J. Off.*, Déb. parl. Sénat, p. 529, col. 1.
[2] P. 740, al. 2.

Digitized by Google

« *somption est même une preuve* s'il ne démontre pas la force « majeure ; mais c'est le cas de l'art. 1382 ! Il doit réparer tout « le préjudice qu'il a causé par sa faute. S'il prouve la force « majeure, il ne doit rien ; mais s'il ne la prouve pas, il doit tout. »

Nous nous demandons, en relisant ce passage, ce que devient la distinction, si nettement écrite par la même main, entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Mais désormais, la première ne peut plus être engagée sans que la seconde le soit du même coup. Vous n'exécutez pas votre obligation, dira tout créancier d'un corps certain à son débiteur ; c'est là de votre part, à mon détriment, la faute de l'art. 1382 ; j'ai droit non seulement aux dommages-intérêts qui ont pu être prévus lors du contrat, mais à la réparation de toutes les conséquences dommageables de votre faute. Ne me parlez pas de responsabilité contractuelle, de l'art. 1302 ! Ce texte vous présume en faute : renversez cette présomption, prouvez la force majeure, sinon *cette présomption est une preuve... c'est le cas de l'art. 1382 !*

25. Et pourtant comme M. Batbie sait rappeler avec précision et d'un mot cette distinction fondamentale, à la fin de son article. « Le débiteur unique, pour son appartement qu'il a reçu en bail, « est tenu de rendre en vertu de son contrat, à moins qu'il ne « prouve la force majeure, conformément aussi à l'art. 1302 du « C. civ. ; pour les autres appartements, comme pour les mai- « sons voisines, il est tenu en vertu de sa faute d'après l'ar- « ticle 1382... »

Comme conclusion qu'attend-on ? Ceci, que si la maison périt, le locataire, resté débiteur unique par l'exonération des autres :

1° Devra la valeur de son appartement *ipso facto*, par cela seul que l'incendie l'empêche d'accomplir son obligation de rendre, — à moins qu'il ne prouve le cas fortuit conformément à l'art. 1302 ;

Mais 2° ne devra la valeur des autres appartements au bailleur, comme celle des maisons voisines aux ayant-droit, que si ceux-ci prouvent sa faute conformément à l'art. 1382 ?

Erreur ! nous lisons : « Mais *le fait étant unique et indivisible*, « la faute, si elle est prouvée relativement à son appartement, se « trouve établie pour toutes ses conséquences, soit à l'égard des

Digitized by Google

« autres appartements de la même maison, soit à l'égard des mai-
« sons voisines. »

Qu'est-ce que ce fait unique et indivisible? Nous entendons bien que si la preuve de la faute, du délit d'un locataire est faite par ses colocataires, cette preuve pourra servir à d'autres, au bailleur, aux voisins. Mais l'honorable M. Batbie nous paraît vouloir dire plus : il semble admettre que les locataires de la maison, en démontrant que le feu a pris chez l'un d'entre eux, prouvent par cela seul que l'incendie est dû à la faute de celui-ci. C'est là ce que nous nions : prouver qu'un incendie a commencé chez tel locataire et prouver qu'il est le résultat d'une faute de ce locataire, font deux. Nous n'apercevons rien d'*indivisible*, nous ne voyons pas de dépendance, de corrélation nécessaire entre la faute d'un locataire et le fait que le feu a pris chez lui.

Cela est si vrai que nous n'hésiterions pas à exonérer de sa responsabilité un locataire qui démontrerait que l'incendie qui a éclaté dans son appartement est dû à la faute d'un de ses colocataires.

Oui, dans ce cas là par exemple, le bailleur, les maisons voisines tireront avantage de ce que la responsabilité *délictuelle* d'un locataire est engagée à l'égard de l'un de ses colocataires. Mais ce n'est pas ce que prévoit l'al. 2 de l'art. 1734; il vise le cas où tous les colocataires s'exonèrent de leur responsabilité contractuelle en prouvant, — non pas la faute délictuelle de l'un d'entre eux, — mais « que l'incendie a commencé dans « l'habitation de celui-là. » Est-ce par la faute de celui-là? Il leur importe peu : la loi tient pour incendie fortuit à l'égard d'un appartement tout incendie qui éclate hors de cet appartement. Mais où voit-on qu'elle tienne pour *délictueux*, pour *fautif* à l'égard du locataire tout incendie qui naît chez lui? L'art. 1733 suppose même le contraire : voici une maison occupée par un locataire unique, elle est incendiée; — le locataire est responsable *contractuellement, ipso facto*, sauf la preuve du cas fortuit. Dira-t-on, s'il ne prouve pas le cas fortuit, que la *présomption se change contre lui en preuve?* Qu'il devient responsable en vertu de l'art. 1382? Que les maisons voisines notamment, sans avoir à démontrer aucune faute de sa part, auront droit à des dom-

Digitized by Google

mages-intérêts, parce que le « fait est unique et indivisible »?

Assurément non! Et pourtant ce droit, l'honorable M. Batbie le reconnaît expressément aux maisons voisines, dans le cas où le locataire est responsable, non plus en vertu de l'art. 1733, mais en vertu de l'art. 1734, 2e al. — Si bien, que si je suis locataire d'une maison où il y a deux, quatre, dix, quarante locataires, je me trouve plus exposé à voir ma responsabilité délictuelle engagée à l'égard des maisons voisines que si je louais la maison à moi tout seul. Dans ce dernier cas, en effet, je ne suis tenu envers les voisins que s'ils prouvent ma faute, il ne leur suffira pas de se prévaloir de ce que le feu a pris chez moi, de ce que je ne puis pas me soustraire à ma responsabilité contractuelle envers mon bailleur. Dans le premier cas, au contraire, dès qu'il serait prouvé par mes colocataires que le feu a pris dans mon appartement, c'est-à-dire encore dès que je serais *contractuellement* responsable envers le bailleur, je me trouverais *délictuellement* tenu envers les voisins.

Nous ne saurions donc admettre cette prétendue unité, indivisibilité du fait, alléguée par M. Batbie; elle ressemble par trop à l'indivisibilité de la présomption de faute que voulait établir la commission de la Chambre[1] et que la commission du Sénat repoussait, la déclarant si justement inconciliable avec le principe de la loi nouvelle, avec l'idée de la responsabilité *contractuelle* du locataire.

Nous n'ajouterons qu'un mot sur ce point : M. Viette, dans la séance du 3 mars 1881, excita vivement l'hilarité de la Chambre, M. Guillouard le rappelle[2], en résumant le système de la loi française, issu du droit romain, sur la responsabilité des locataires dans la formule « tous les locataires sont des incendiaires ». Elle n'était, après tout, qu'une conséquence extrême, exagérée, de la théorie de l'unité et de l'indivisibilité du fait. Si la localisation de l'incendie suffit à prouver la faute, pourquoi ne prouverait-elle pas aussi le délit? Vous admettez le bailleur, les maisons voisines à se prévaloir de l'art. 1382 contre le locataire chez qui

[1] Cf. n° 13-2°.

[2] *Traité du contrat de louage*, I, p. 264.

Digitized by Google

il est démontré que le feu a pris? Admettez aussi le ministère public à se prévaloir de l'art. 434, C. pénal!

26. L'honorable M. Batbie, à l'appui de sa thèse, a tiré encore un argument de l'*unité de débiteur*, dans l'hypothèse de l'al. 2 de l'art. 1734. « Que supposait la solidarité, écrit-il dans la *Revue* « *critique*? Elle implique qu'on ignorait où le feu avait pris et « qu'une présomption de faute pesait sur tous. La solidarité ne « pouvait être comprise qu'avec plusieurs débiteurs, et il ne « pouvait y avoir plusieurs débiteurs que si on ignorait le lieu où « le feu avait commencé. — Mais dans le cas où on connaît le « lieu où le feu a pris, il n'y avait ni solidarité, ni motif de « réformer la loi. Ce serait dépasser le but de la réforme que « de l'appliquer au cas où on connaît l'origine du sinistre. La « loi ancienne et la loi nouvelle disent l'une et l'autre que dans « ce cas *celui-là en est seul tenu*. Comment sera-t-il tenu? « Evidemment comme il l'était auparavant; car il n'y a qu'un « débiteur; toute idée de solidarité disparaît et il serait absurde « d'y appliquer la loi nouvelle qui n'a été faite que pour le cas « où il y a plusieurs débiteurs, qui a été faite uniquement pour « substituer à l'ancienne solidarité une dette de débiteurs con- « joints proportionnellement à la valeur locative. »

Et, à la fin de l'article, ces considérations sont résumées ainsi; « Si le feu a pris chez un locataire, celui-là seul est tenu de « réparer le préjudice et la loi du 5 janvier 1883 ne régit pas ce « cas; comme il n'y a qu'un débiteur, il ne peut s'agir de soli- « darité et il faut écarter la loi nouvelle qui n'a été faite que « pour supprimer la solidarité. »

Il ne nous semble pas absolument exact de dire que la loi de 1883 *ne régit pas ce cas*, puisque l'al. 2 du nouvel art. 1734 le prévoit formellement. Mais le sens est très net : la loi de 1883, pour l'hypothèse de l'al. 2, a purement et simplement reproduit l'al. 2 de l'art. 1734 (ancien), sans en modifier aucunement la portée, — parce que la loi nouvelle n'a qu'un but, supprimer la solidarité et que, dans le cas où on connaît le locataire chez qui le feu a pris, c'est-à-dire où il n'y a qu'un débiteur de l'indemnité, il ne peut pas être question de solidarité.

Nous retrouvons, croyons-nous, sous une forme un peu diffé-

Digitized by Google

rente, l'objection que nous redoutions (n° 8) à l'interprétation par nous donnée de l'ancien art. 1734; mais nous avions prévu que l'objection comprendrait les deux derniers alinéas de l'article 1734, ici elle ne vise que le second, mais elle se précise :

L'obligation *au tout* du locataire, resté seul responsable par l'exonération de tous les autres,

1° N'était pas une conséquence de la solidarité,

2° Elle dérivait de l'al. 2 de l'art. 1734; or la loi de 1883 a supprimé la solidarité, mais elle laisse subsister l'al. 2; — donc le locataire, *débiteur unique*, est toujours responsable *du tout*.

27. De cette obligation *au tout* du locataire resté seul débiteur, nous disons au contraire :

1° Elle ne dérivait pas de l'art. 1734, 2e al. (ancien);

2° Elle était une conséquence de la solidarité légale.

Notre première affirmation a été justifiée déjà (n° 8) : les deux derniers alinéas de l'art. 1734 étaient rendus nécessaires par la règle de l'art. 1205, C. civ., et si la formule des deux alinéas n'est pas identiquement la même, il n'y a pas lieu d'en être surpris : on a remarqué souvent le goût des auteurs du Code civil pour les rédactions variées. Cela admis, si les auteurs de la loi nouvelle ont voulu, comme l'affirme M. Batbie et comme nous le croyons, conserver à cet al. 2 son ancienne portée, il n'y a qu'à reconnaître (nous l'avons déjà fait n° 18 note 3) que cette partie du texte est sans utilité; la solidarité étant supprimée, la possibilité d'appliquer l'art. 1205 aux locataires qui s'exonèrent, en prouvant le cas fortuit, disparaît.

Quant à notre seconde affirmation, il est bien nécessaire de la démontrer puisque nous nous trouvons en contradiction avec notre savant maître; mais nous ne dissimulons pas notre embarras. De quoi donc, sous l'empire de l'art. 1734 (ancien), pouvait découler cette obligation *au tout* du locataire resté seul responsable, sinon de la solidarité?

Est-il donc vrai que dès qu'il n'y a *qu'un débiteur toute idée de solidarité disparaisse?* Oui assurément s'il n'y a jamais eu qu'un seul débiteur, si le lien d'obligation s'est formé entre le créancier et un débiteur unique; mais ce n'est pas le cas ici: entre le bailleur et les colocataires il y a pluralité de liens contractuels;

Digitized by Google

l'un se rompt, les autres tiennent; tous se rompent moins un, le dernier tient; le débiteur resté seul est tenu, mais tenu de quoi? De son obligation primitive telle quelle : pour le tout, si l'obligation était solidaire, — pour partie, si elle était simplement conjointe.

Mais comment concevoir que la nature d'une dette se transforme par la libération des codébiteurs? L'obligation *in solidum*, par l'effet de la solitude, qu'on veut introduire dans notre hypothèse me paraît de tous points une nouveauté juridique, assurément ingénieuse mais qui

Heurte trop notre siècle et les communs usages.

Depuis la loi de 1883 les locataires ne sont plus que débiteurs conjoints; ils doivent en vertu de leur contrat restituer ce qu'ils ont reçu, l'appartement qu'ils occupent. Voilà leur responsabilité. — Quelques-uns y échappent-ils? Pourquoi la responsabilité contractuelle des autres en subirait-elle le contre-coup et s'accroîtrait-elle? Débiteurs conjoints hier, ils sont débiteurs conjoints aujourd'hui et ne peuvent pas être autre chose, — à moins que, par la preuve d'un fait d'imprudence ou de négligence à eux imputable, le bailleur n'ajoute à leur obligation *ex contractu* limitée à ce qu'ils ont reçu, une obligation *ex delicto* s'étendant à tout le dommage.

28. Nous concluons que l'al. 2 de l'art. 1734 (nouveau) ne met pas à la charge du locataire, resté seul responsable par l'exonération des autres, la part de ceux-ci dans l'indemnité totale. Le texte en disant qu'il est seul tenu n'exprime pas nécessairement, en effet, qu'il soit tenu *au tout* : il est tenu seul, puisque les autres ne le sont plus (ce qu'il était fort inutile de dire aujourd'hui); quant à la mesure de son obligation, elle reste ce qu'elle était auparavant, aussi longtemps que sa nature *contractuelle* subsiste.

Cette interprétation du texte est la seule qui soit en harmonie avec les principes sur lesquels repose la loi nouvelle. Les contradictions élevées contre elle ne nous semblent pas fondées; elles ont, en outre, au cours même des travaux préparatoires, suscité de justes critiques, il ne nous semble donc pas, malgré l'autorité de ceux de qui elles émanent, qu'on

Digitized by Google

puisse les adopter comme une preuve décisive du sens exact de la loi.

Quant à l'application de la solution que nous indiquons, elle est des plus simples avec les chiffres théoriques du n° 11. Primus, Secundus et Tertius s'exonèrent en prouvant que le feu a pris chez Quartus? Celui-ci est seul tenu. Que doit-il? Les 7,500 fr. qu'il devait auparavant; la cause de sa dette n'a pas varié et son chiffre non plus. C'est sur le bailleur que retombera la perte de 82,500 fr., total des parts des trois locataires affranchis de responsabilité.

M. Batbie s'étonne et s'indigne presque que les locataires élèvent ainsi la prétention de n'être tenus que de leur part proportionnelle : « Si, écrit l'ancien rapporteur du Sénat [1], nous avions « pu avoir seulement l'idée de réformer en ce sens le Code « civil, nous mériterions d'être tournés en ridicule, pour avoir « seulement conçu pareille absurdité. »

Nous ne voyons pas en quoi, mettre la perte à la charge du propriétaire, est plus absurde dans le cas de l'art. 1734, al. 2, que dans celui de l'art. 1734, al. 3, où la solution n'est pas douteuse (n° 16. *in f.*).

Mais la critique de M. Batbie vise sans doute la prétention des locataires, non pas dans l'hypothèse théorique sur laquelle nous avons raisonné jusqu'à présent, mais dans les hypothèses pratiques sur lesquelles plusieurs tribunaux ont eu à se prononcer : à ce point de vue, nous nous y associons dans une certaine mesure.

IV.

29. Ces hypothèses pratiques diffèrent de celle que nous avons proposée, non pas par les principes qu'elles mettent en jeu, mais par les situations qu'elles présentent, situations telles que la prétention des locataires de ne payer qu'une part proportionnelle de l'indemnité due est certainement contraire au but de la loi.

La destruction totale de l'immeuble loué que nous avons supposée est rare [2]; le plus souvent le sinistre aura été partiel et

[1] *Rev. critiq.*, *loc. cit.*, p. 741.

[2] Théoriquement c'est l'hypothèse la plus simple; l'application des principes s'y fait facilement. C'est donc celle qui se présente tout d'abo d à

Digitized by Google

l'indemnité due par les locataires ne comprendra qu'une fraction de la valeur entière, en voici deux exemples :

30. Une maison rapporte 7022 fr. — Le prix de bail du locataire chez qui il est prouvé que le feu a pris est de 1059 fr. — Les dommages causés par l'incendie sont évalués à 4124 fr.

Quelle est la prétention du locataire, quelle est la solution du tribunal de Lyon? C'est celle contre laquelle M. Batbie s'élève si vivement; elle est formulée mathématiquement dans les motifs du jugement 7022 : 4124 :: 1059 : x.

D'où $x = 622$ fr. C'est tout ce que le locataire doit au propriétaire [1].

31. Même prétention du chef du locataire dans l'affaire *la Mutuelle immobilière* contre *le Monde* [2]. Les dégâts s'élèvent à 2789 fr. Le locataire chez qui il est prouvé que le feu a pris n'offre qu'une part de l'indemnité totale proportionnelle à la valeur locative de son appartement, soit 243 fr. Le tribunal de la Seine [3] a jugé que le locataire devait payer l'intégralité du dommage, soit 2789 fr.

32. Nous ne saurions avoir la prétention d'apprécier des décisions de justice quand nous ne sommes pas en possession de tous les éléments de fait qui peuvent les expliquer.

Tout ce que nous pouvons dire sur le jugement du tribunal de la Seine, c'est que, écartant dans ses motifs l'application des principes du droit commun, en matière de responsabilité contractuelle, il part d'un point de vue tout opposé au nôtre. Mais il ne serait pas impossible qu'en fait la solution que nous allons proposer eût conduit, dans l'espèce, à condamner le locataire à payer le dégât total, 2789 fr. comme le jugement l'a décidé (Cf. n° 34 *in fine*, note 2).

Quant au jugement du tribunal de Lyon, nous trouvons dans ses motifs l'indication précise de l'élément de fait essentiel sui-

l'esprit, et nous ne sommes pas éloigné de croire, on le verra par la suite, que c'est la seule visée par l'art. 1734.

[1] C'est la solution qui avait été admise par M. Lassaigne (brochure citée); cf. M. Guillouard. — Lyon, 20 avril 1884, *J. des assurances*, 1884, p. 345, Aff. l'*Urbaine* contre *le Phénix*.

[2] Indiquée par M. Batbie, *Revue critique*, *loc. cit.*, p. 640, note.

[3] C'est le jugement auquel nous avons emprunté plusieurs motifs.

Digitized by Google

vant nous : le chiffre des dommages causés dans l'appartement du locataire chez qui il est prouvé que le feu a pris. Dans l'espèce ce chiffre était de 3693 fr. sur un dommage total de 4124 fr. Le locataire, suivant nous, devait être condamné à 3693 fr. et non pas seulement à 622 fr.

Telle était (le jugement le constate) la prétention du propriétaire ou plus exactement de son représentant, la compagnie d'assurances : nous croyons qu'elle était bien fondée.

33. Elle s'impose, s'il est vrai que la responsabilité des locataires soit *contractuelle*, — si, comme nous croyons l'avoir établi en prenant pour guides MM. Durand et Batbie, les art. 1733 et 1734 ne sont que des applications de l'art. 1302.

Le locataire doit rendre ce qu'il a reçu : voilà le principe de sa responsabilité.

Qu'a-t-il reçu? Une portion de la maison, dans l'espèce; portion de la maison dont il n'est pas difficile de calculer la valeur. Elle sera fixée par une simple proportion. La valeur de son appartement doit être à la valeur totale de la maison, comme son prix de bail est au total des loyers.

Que doit-il restituer? Cette valeur au plus; nous ne disons pas au moins. Cette valeur constitue le maximum possible de sa responsabilité contractuelle; car elle seule représente les dommages-intérêts « qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat » de bail (art. 1150), depuis que les colocataires ne sont plus des débiteurs solidaires. — Dans la limite de ce maximum, le locataire, *en tous cas*, doit la valeur de toutes les portions de son appartement qui ont été détruites par l'incendie, sans que le bailleur ait à faire la preuve d'aucune *faute*.

Quant aux dommages causés chez ses colocataires, le locataire ne les doit pas en vertu de cette responsabilité contractuelle, pas plus qu'il ne doit le montant des dégâts causés à des maisons voisines.

Pour le rendre responsable de ces dommages *extérieurs* à son appartement, il faudrait que les ayant-droit prouvassent sa *faute* conformément à l'art. 1382.

34. Cette action en indemnité fondée sur l'art. 1382 est la seule voie de recours ouverte aux voisins. Le bailleur, lui, est

Digitized by Google

dans une situation meilleure : il a à sa disposition, outre l'action de l'art. 1382; l'action qui naît de son contrat de bail. Chacune d'elles a ses avantages et ses inconvénients.

L'action de l'art. 1382 permet d'obtenir la réparation de tous les dommages, où qu'ils aient été causés; mais, par contre,

1° elle oblige le bailleur à prouver la faute du locataire, cause de son droit;

2° à supposer que cette faute soit un délit pénal, elle est (action civile) exposée à s'éteindre par la prescription de l'action publique.

Par l'action du contrat de bail, le propriétaire échappe à ces deux inconvénients :

1° Il n'a pas à se préoccuper de la prescription de l'action publique [1];

2° Il n'a pas à prouver un fait délictueux ou fautif du locataire, mais, par contre, — il ne peut obtenir que les dommages-intérêts qu'on pouvait prévoir lors du contrat.

Pour qui distingue ainsi la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle, si diverses par leurs conséquences comme par leur origine, aucune hésitation ne nous semble possible, et nous nous étonnons que le savant rapporteur du Sénat, à qui nous avons emprunté la justification magistrale de cette distinction (n° 4), n'ait pas aperçu la solution intermédiaire entre celle du tribunal de Lyon et celle qu'il propose [2].

35. Ce que nous disons des dommages hors de l'appartement du locataire chez qui le feu a pris, à savoir qu'ils sont à la charge du bailleur, devrait s'appliquer, par identité de raison, non seulement aux dégâts causés chez les autres locataires, mais encore à ceux qu'éprouveraient ces portions d'une maison qui sont à l'usage commun de tous les locataires (escaliers, toiture...).

[1] Sur ce point, Voy. n°s 26-30 notamment *De la Responsabilité et de la Garantie* par M. Sainctelette. Cf. les explications si nettes de M. Garraud, *Précis de droit criminel*, 2e édit. p. 554 et s., n° 430.

[2] Il est possible que dans le procès tranché par le tribunal de la Seine (n° 31) les dégâts aient été causés exclusivement dans l'appartement du locataire responsable. Sa condamnation à tout le dommage (2789 fr.) serait dès lors conforme à l'application de l'art. 1302; mais les motifs adoptés par le juge le conduisaient à condamner le locataire *in solidum* même si les dégâts eussent été causés hors de son appartement.

Digitized by Google

Les locataires, en effet, comme l'observe M. Batbie[1], n'assument pas la garde de ces portions de la maison louée, ce sont presque toujours des mandataires du propriétaire (le concierge notamment) qui ont mission d'y veiller. Donc la valeur de ces portions communes ne rentre pas dans l'obligation de restituer, ni dans l'indemnité due au cas d'incendie, en vertu de son seul contrat, par le locataire.

36. Que si le feu avait pris dans une de ces parties communes, *a fortiori* partageons-nous la manière de voir de M. Batbie. Tous les locataires seraient exonérés de leur responsabilité contractuelle par application de l'art. 1733, et, dès lors, le propriétaire n'aurait contre eux que la ressource d'agir par l'art. 1382, en prouvant que l'incendie, quoiqu'il ait commencé hors de chez eux, est dû cependant à leur faute. — Si, d'après nous, la localisation de l'incendie chez l'un des colocataires ne prouve pas sa faute, d'après nous aussi, la localisation de l'incendie hors de l'appartement du locataire ne prouve pas qu'il soit exempt de faute : la première donne lieu à sa responsabilité contractuelle sans engager par là même sa responsabilité délictuelle ; si la seconde l'exonère de sa responsabilité contractuelle, elle ne le met pas à l'abri de tout recours fondé sur sa responsabilité délictuelle.

37. Cette application stricte de l'art. 1302 aux hypothèses pratiques sur lesquelles la jurisprudence a déjà statué, et que nous avons essayé de justifier en logique, peut donner lieu à deux objections que nous ne voulons point négliger.

L'une est de pur fait, elle se déduit des difficultés pratiques qu'entraînerait le règlement du sinistre tel que nous le concevons. Quelles estimations arbitraires, que d'expertises, que de frais en résultent ! Cette considération a fait reculer devant l'admission de la théorie logique [2]. Nous sera-t-il permis d'avouer, malgré notre inexpérience pratique, que nous ne croyons pas à tous ces inconvénients ?

Comment, en effet, le locataire s'acquittera-t-il de son obligation d'indemniser le propriétaire ?

[1] *Rev. critiq., loc. cit.*, p. 744.
[2] M. Lassaigne, *op. cit.*, p. 22.

Digitized by Google

Il le peut en faisant lui-même réparer les dégâts causés dans son appartement, et dans ce cas aucune difficulté.

Il le peut en remboursant au propriétaire le prix des réparations faites par les soins et aux frais de celui-ci ; c'est encore fort simple.

C'est donc seulement dans le cas où le propriétaire, en cas de désaccord, conclut à une indemnité pécuniaire qu'il y a lieu de faire les calculs dont on s'effraye. Mais ces calculs, n'en a-t-on pas nécessairement tous les éléments réunis? Il a bien fallu une expertise pour apprécier le dommage total ; or cette expertise, par la force de choses, qu'est-elle autre chose que la somme des expertises locales faites dans chaque appartement loué ?

Il nous semble donc que le détail de l'expertise, exigée dans tous les systèmes, pour l'appréciation du dommage total, permet, sans complication aucune, de fixer le chiffre des dommages particuliers à chaque location.

38. La seconde objection nous touche davantage. Nous croyons la trouver formulée par le tribunal de la Seine dans les termes suivants : « Attendu qu'il est certain que la répartition propor-« tionnelle, *telle que la comporte l'art. 1302*, n'est pas celle que « proclame le Sénat, puisqu'il est obligé d'admettre que les loca-« taires qui ne sont pas parvenus à dégager leur responsabilité « peuvent par la division même de l'indemnité supporter une « part de celle-ci tantôt supérieure, tantôt inférieure au dommage « qui a été causé au local dont ils sont détenteurs.... »

Pour plus de précision, nous reviendrons à notre hypothèse théorique du n° 11 ; nous supposerons que tous les locataires sont responsables [1], mais que l'incendie n'a produit qu'une perte partielle... par exemple 60,000 fr. sur une valeur totale de 90,000 fr. toujours.

Le calcul proportionnel opéré sur ce chiffre de 60,000 fr., conformément au sens *apparent* de l'art. 1734, al. 1, met à la charge :

De Primus.....	30,000 fr.
De Secundus	15,000 fr.

[1] Le tribunal de la Seine décide dans l'hypothèse où quelques-uns échappent à la responsabilité; mais la difficulté est évidemment la même dans les deux cas.

Digitized by Google

De Tertius..... 10,000 fr.
De Quartus..... 5,000 fr.

Quid si le chiffre des dégâts causés chez Primus s'élève à 40,000 fr. ?

L'application de l'art. 1302 conduirait à mettre à la charge de Primus ces 40,000 fr. et non pas seulement 30,000, sinon Primus ne restitue pas tout ce qui a péri chez lui, et, par contre, Secundus, Tertius et Quartus payent plus que le dommage causé chez eux.

Conclusion, le système de répartition proportionnelle admis par l'art. 1734, al. 1, est la négation de l'application de l'art. 1302, dans tous les cas où il n'y a pas perte totale de l'immeuble loué, c'est-à-dire presque toujours.

Nous ne croyons pas avoir affaibli l'objection en la formulant en ces termes, et, de prime abord, elle semble irréfutable.

39. Faut-il admettre dès lors que les rédacteurs de la loi de 1883 ont eu la vue si courte? Ils ont proclamé, nous avons vu avec quelle énergie, qu'ils supprimaient la solidarité entre colocataires au nom du principe de l'art. 1302, fondement de la responsabilité des locataires; et il se trouverait qu'en fait, dans la grande majorité des cas, la solution découlant de l'art. 1302 serait écartée !

Plus nous y réfléchissons, plus nous examinons d'ensemble les travaux préparatoires, plus nous sommes convaincu de l'impossibilité d'admettre une contradiction pareille.

L'art. 1734, suivant nous, statue en vue de l'hypothèse la plus rare en pratique, mais la plus simple en théorie pour mettre en jeu les principes (Cf. n° 29, note), l'hypothèse de perte totale, et, dans ce cas, l'application de l'art. 1302 conduit précisément à la règle de proportion posée par l'art. 1734, al. 1.

Mais ce qui doit prédominer, dans toutes les espèces possibles, qu'est-ce donc? Le texte dans son sens littéral, étroit, illogique? Nous avouons très volontiers notre peu de goût pour de pareils procédés d'interprétation, et du moment où il est certain pour nous que les rédacteurs de la loi ont voulu, dans le texte, faire application d'un principe général, — de l'art. 1302, c'est de l'art. 1302 qu'on doit toujours s'inspirer avant tout.

Digitized by Google

40. Avons-nous abusé de la logique en essayant de déduire toutes les conséquences d'un principe qui nous a paru avoir été mis hors de discussion par la loi de 1883? Nous pouvons le croire en nous trouvant seul au bout de la voie dans laquelle nous nous sommes engagé, voie intermédiaire entre celles qu'ont choisies et les tribunaux et les auteurs. Nous pouvons aussi dès lors craindre d'être rangé au nombre « des jurisconsultes « (méritent-ils ce nom?) qui ne manquent jamais, — suivant la « malicieuse observation d'un maître [1], que nous avons trop con- « tredit, — pour peu que les textes soient changés, de chercher « dans ces modifications des arguments à l'appui de systèmes « *auxquels les rédacteurs de la loi pouvaient n'avoir pas pensé.* » Peut-être notre excuse sera-t-elle qu'ils en ont beaucoup parlé.

BIBLIOGRAPHIE

RÉPERTOIRE DU DROIT ADMINISTRATIF

Par M. Léon Béquet, maître des requêtes au Conseil d'Etat
Avec le concours de M. Paul Dupré, conseiller d'Etat [2].

DES COURTIERS

Par M. J. Fabre, avocat à la Cour de Paris [3].

HISTOIRE DES IMPÔTS INDIRECTS

Par M. A. Rousset ; compl., annot. et publ. par M. H. Louiche-Desfontaines, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel [4].

TRAITÉ DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN MATIÈRE D'INCENDIE

Par MM. A. Richard et Maxime Maucorps [5].

ÉTUDE ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE SUR LES ASSOCIATIONS

Par M. Joseph Drioux, docteur en droit [6].

Compte rendu par M. Gabriel Debacq, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel.

Nos grands répertoires commencent à vieillir. En vain les sup-

[1] M. Batbie, Séance du 23 juillet 1882, *J. Off.*, Déb. parl. Sénat, p. 868.
[2] Paris, Paul Dupont, éditeur, 1884.
[3] 2 vol. 1883, Ernest Thorin, éditeur.
[4] Paris, A. Rousseau, éditeur, 1883, 1 vol. in-8.
[5] Marchal et Billard, éditeurs, 1 vol. in-8.
[6] Rousseau, éditeur, 1884, 1 vol. in-8.

Digitized by Google

pléments ou les compléments, les tables decennales, annuelles ou autres viennent-elles chaque année se souder plus ou moins intimement à l'œuvre primitive.

Tout cela, force est de le reconnaître et de le confesser, ne peut réparer des ans l'irréparable outrage : nos répertoires, tous nos répertoires demandent à être refaits ou de nouveau refondus.

Ce n'est pas petite besogne que de mettre pareilles œuvres au niveau des progrès de la législation, de la doctrine, et de la jurisprudence ; les traités qui figurent sous les premières lettres de l'alphabet, sont naturellement les plus mauvais. Ce sont les premiers faits, les plus vieux. Il faudrait non pas les compléter, mais, pour en faire quelque chose de bon, les bouleverser de fond en comble, substituer purement et simplement à l'ouvrage ancien un ouvrage nouveau. La classification seule des matières pourrait être conservée.

L'œuvre vaut qu'on l'entreprenne. A coup sûr on y viendra. Dans quelques années il se trouvera quelque association de publicistes et de jurisconsultes qui nous doteront d'un répertoire général un peu modernisé.

Mais, en attendant, c'est à des livres datant de quelque vingt ans, en moyenne, de plus de trente ans pour les premiers volumes de Dalloz, que le praticien doit recourir quand il a à faire quelque recherche ou à étudier, sans avoir le loisir de se recueillir, quelque question réclamant immédiate solution.

Que d'erreurs peuvent être ainsi commises ! Et à quels faux pas sont exposés ceux qui font appel à des guides aussi surannés, en matière administrative notamment ! La France s'est donné, plus que tout autre pays au monde, le luxe de révolutions successives et contradictoires. Le droit civil a subsisté sans subir de trop grave atteinte. Mais le droit constitutionnel, et ce qui est plus grave, le droit administratif proprement dit, ont essuyé de terribles assauts.

Quels bouleversements dans la législation, quelles modifications incessantes ! Allez donc sur le droit municipal consulter un recueil de 1848, ou sur la législation de l'armée un livre de 1869.

D'autre part le droit administratif, ce n'est pas seulement la loi, le décret ou le règlement d'administration publique, c'est bien autre chose que cela. Le droit administratif, c'est le droit prétorien d'aujourd'hui.

Digitized by Google

Est-ce un bien, est-ce un mal que de laisser, comme nous faisons, le Conseil d'État créer à coup d'arrêts, assez succinctement motivés d'ordinaire, et à côté de la loi positive, une jurisprudence qui, s'affirmant peu à peu sur un point déterminé finit par s'imposer à l'administration et à l'administré, si bien que l'un et l'autre s'inclinent sans protester et qu'à côté de la loi s'établit une pratique qui prend et qui garde sa place dans le droit national. Les membres présents ou passés du Conseil d'État, voire même les gens qui se flattent de figurer au conseil un jour à venir sont d'accord pour affirmer que le meilleur du droit administratif c'est aux arrêts du Conseil qu'on le doit. Nous ne voulons pas protester trop énergiquement contre cette doctrine. Nous estimons, quant à nous, que mieux vaut pour assurer au citoyen la garantie de ses droits un texte précis, un code bien fait, que les doctrines et les pratiques plus ou moins libérales d'ordinaire, nous le reconnaissons volontiers, d'une réunion de fonctionnaires si honorables qu'ils soient.

Mais quelle que soit l'opinion que l'on professe au sujet des juridictions administratives des différents ordres, il ne faut pas oublier, en somme, que telle est l'insuffisance et l'incohérence de notre législation que la jurisprudence du conseil a dû nécessairement devenir et est effectivement devenue une des sources de notre droit administratif.

Sans doute les recueils donnent ou le texte des lois nouvelles ou celui des arrêts rendus, mais tout cela est isolé, épars en mille endroits. Tout cela a besoin d'être relié, coordonné de façon à constituer un corps de doctrine, où avocat, magistrat, fonctionnaire ou simple contribuable puissent vivement, à point nommé, sous une rubrique ou un mot déterminé, trouver les documents dont il a besoin ou les principes qui lui échappent.

C'est pour faciliter ces recherches rapides que les Répertoires ont été inventés.

Eh bien, en matière administrative où plus qu'en toute autre matière le Répertoire est nécessaire, indispensable, il n'existait que des traités de droit administratif, les uns sommaires, bons pour des étudiants, insuffisants pour le fonctionnaire ou l'administrateur, ou des traités complets, scientifiques, s'adressant à un public spé-

Digitized by Google

cial, savants sans nul doute, mais pour le vulgaire aussi incommodes, et par suite aussi inutiles pratiquement qu'ils étaient savants.

Quant aux articles de droit administratif figurant aux répertoires généraux, il ne peut être question d'y recourir, c'est la décrépitude, disons le mot, la sénilité, le néant. Les rédacteurs de 1850 ou de 1860 n'avaient pu prévoir, quelqu'habiles qu'ils fussent, la loi de 82 ou l'arrêt de 83.

M. Béquet, qui appartenait au Conseil d'État comme maître des requêtes (il est aujourd'hui conseiller d'État), s'est dit qu'il y avait là une lacune à combler, et il a entrepris, avec le concours de son collègue M. Dupré, la publication d'un Répertoire de droit administratif.

Il a fait appel à la collaboration d'un grand nombre de fonctionnaires de différents ordres, d'administrateurs distingués, de publicistes et de jurisconsultes dont le nom seul sera pour le Répertoire de M. Béquet une garantie de succès et de succès incontestés.

Le premier volume est aujourd'hui complet, les cinq premiers fascicules du deuxième volume viennent de paraître. La publication suit son cours, et ce que nous avons sous les yeux nous permet dès à présent d'apprécier l'œuvre de M. Béquet, et de nous rendre un compte exact de l'utilité qu'elle présente et des services qu'elle rendra.

La lettre B n'est pas entamée encore. La lettre A qui remplit tout le premier volume, occupera presque entièrement le second. Il s'agit donc ici d'un travail absolument sérieux, d'un répertoire bien complet où à chaque mot servant de rubrique correspond un traité véritable de la matière abordée. Citons rapidement dans le premier volume l'article *Agent diplomatique et consulaire*. Le traité qui est consacré à l'Algérie, commencé dans le 2e fascicule, occupe le 3e, le 4e fascicule et une partie du 5e ; c'est un travail remarquable, où rien de ce qui a trait à l'administration et à la législation spéciale de notre grande colonie ne fait défaut : un chapitre spécial est consacré à l'administration et au gouvernement des indigènes. Toutes les questions délicates qui naissent pour les personnes et les biens des clauses de la capitulation d'Alger sont l'objet d'un examen particulier — le Répertoire contient aussi un résumé fort bien fait des règles du droit musulman

Digitized by Google

en matière d'état civil et de propriété immobilière en pays arabe. Recommandons à l'attention du lecteur le mot *Archives*, œuvre originale, manuel complet de la matière où bibliothécaires, archivistes, directeurs d'administration trouveront exposés tous les éléments juridiques et administratifs qui leur sont nécessaires pour assurer la conservation et la sécurité des pièces et documents dont ils ont la garde. — La législation et l'administration militaires sont exposées sous la rubrique : *Armée*, de la façon la plus intelligente et la plus scrupuleuse. (360 pages à 2 colonnes grand in-4°, pour l'armée de terre seulement). Pourquoi faut-il que de nouveaux remaniements viennent bouleverser une portion si importante de notre législation?

Dans la dernière livraison, MM. Béquet et Dupré abordent la matière si intéressante et généralement si mal connue de l'assistance publique.

En somme, les 11 fascicules parus font admirablement augurer des volumes à venir. Il faut remercier MM. Béquet et Dupré d'avoir entrepris la publication de leur Répertoire et les féliciter d'avoir si intelligemment commencé l'œuvre considérable dont le public attend avec impatience la continuation et l'achèvement.

Signalons, à côté du Répertoire de MM. Béquet et Dupré, trois ouvrages d'un genre bien différent, trois monographies dues à la plume de trois de nos confrères du bareau. C'est d'abord, par ordre de date, le très intéressant travail de M. J. Fabre sur les courtiers. M. Fabre, que ses études préalables mettaient en situation de traiter mieux que personne la portion de notre droit commercial qui se rattache au courtage, a publié deux excellents volumes dont l'éloge n'est plus à faire. Ils ont obtenu dès leur apparition le plus sérieux des succès.

Historique de l'institution des courtiers. Exposé de leur organisation actuelle, mission, attributions, des courtiers d'assurances maritimes, des courtiers conducteurs de navire figurent au premier volume : le deuxième volume est consacré aux courtiers de marchandises assermentés au tribunal de commerce, aux droits et obligations qui découlent par eux du serment prêté. Les opérations des courtiers de marchandises libres, leurs obligations, leur responsabilité sont tout naturellement examinées par l'auteur

Digitized by Google

ensuite des chapitres consacrés aux courtiers assermentés. Lois, règlements, jurisprudence, ont été recherchés, compulsés, résumés par M. Favre dont le livre constitue une monographie du plus haut intérêt.

M. Louiche Desfontaine a occupé les rares loisirs que lui laissent ses occupations du Palais à la publication d'une histoire de la législation des impôt indirects dont nous avons peine à dire tout le bien que nous pensons.

M. Louiche Desfontaine nous à donné déjà de bons ouvrages scientifiques où il a fait preuve des plus sérieuses qualités de jurisconsulte et d'écrivain. Son étude sur la condition juridique des français à l'étranger à été justement remarquée. M. Rousset, avocat pendant trente années de l'administration des contributions indirectes avait réuni les premiers éléments du travail que vient d'achever M. Louiche Desfontaine. La mort avait frappé M. Rousset avant qu'il eût pu terminer son œuvre. M. Louiche Desfontaine s'est chargé de la compléter, de l'annoter, de la refaire, et l'histoire qu'il nous offre aujourd'hui constitue un livre excellent. L'auteur conduit le lecteur de l'établissement des impôts indirects aux premiers temps de la monarchie jusqu'à la reconstitution de ces mêmes impôts à l'époque impériale.

Nous espérons bien que M. Louiche Desfontaine ne s'en tiendra pas là et qu'à l'histoire des contributions indirectes il joindra un exposé de la législation en vigueur aujourd'hui. Nul mieux que lui ne serait apte à pareille tache.

M. Albert Richard à tenu, lui, à faire avant tout un travail pratique, et laissant à autrui les études historiques ou les spéculations purement scientifiques, il a abordé résolument l'étude et l'exposé d'une des portions de notre droit les plus fertiles en débats, en difficultés, en procés de tous genres.

Il vient de publier, en collaboration avec M. Maxime Maucorps, un traité de la responsabilité en matière d'incendie. Les auteurs ont cru devoir faire procéder l'exposé des principes juridiques en cette matière, de l'exposé et de l'examen du mécanisme du contrat d'assurance; quoi faisant, ils ont agi sagement, en gens d'affaires avisés, puis ils ont, sans omettre un texte, un arrêt, une opinion pouvant, en la matière, présenter quelque intérêt, abordé

Digitized by Google

l'examen de ces questions si délicates, si difficiles auxquelles donne lieu l'incendie.

Conséquences légales du fait personnel, fait d'autrui. — Infractions aux lois et règlements, aux obligations professionnelles, responsabilité du locataire envers le propriétaire, analyse de la loi du 5 janvier 1883, modification de l'article 1734 du Code. — Risques de voisinage, obligations du dépositaire, du voiturier, de l'aubergiste. — Responsabilité de l'État, des communes, des compagnies de chemins de fer ou des compagnies créées pour la fabrication et la distillation du gaz; enfin, discussion de toutes les questions relatives aux vices de construction ou défaut d'entretien, à la responsabilité des mesures prises après l'incendie, tout cela constitue un travail de premier ordre qui fait le plus grand honneur à ses deux auteurs. Le livre de MM. Richard et Maucorps a déjà subi l'épreuve de la critique et du débat public, il en est sorti victorieux. Constamment cité à la barre depuis le jour de son apparition, il a mérité l'éloge unanime de ceux qui ont eu ou à en invoquer ou à en contester la doctrine, et il y a quelques jours à peine, à la première Chambre de la Cour de Paris, M. le bâtonnier Barboux, discutant une des opinions émises dans le livre dont nous parlons, rendait à MM. Richard et Maucorps, à la sûreté de leurs doctrines, à l'étendue de leurs recherches, en même temps qu'à l'utilité pratique de leur traité, un hommage auquel nous ne pouvons que nous associer. Il était impossible de faire mieux que n'ont fait MM. Richard et Meaucorps. Tel est le jugement unanime de tous ceux qui ont lu ou seulement consulté le livre de ces messieurs sur la responsabilité civile en matière d'incendie.

Signalons en terminant une étude économique et juridique sur les associations, les coalitions d'ouvriers et de patrons, de 1789 à nos jours, de M. Joseph Drioux, un excellent livre que la Faculté de droit a distingué et auquel elle a décerné une médaille. L'auteur est magistrat, c'est un esprit solide, vigoureux, nourri d'études sérieuse, auquel le succès ne saurait manquer.

GABRIEL DEBACQ.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE

(Année judiciaire 1883-1884),

Par M. Ch. Massigli, agrégé près la Faculté de droit de Montpellier.

ÉTAT ET CAPACITÉ DES PERSONNES.

La remarque en a été faite plus d'une fois, les dispositions contenues dans le Livre premier du Code civil ne fournissent plus que rarement la matière de décisions judiciaires véritablement utiles à signaler. Dans le droit des biens, le domaine de la convention est très large, les combinaisons et les expédients imaginés par la pratique pour la satisfaction de ses besoins se multiplient, des problèmes nouveaux surgissent souvent en dehors même de tout exercice de l'action législative. En matière d'état et de capacité, les questions se renouvellent moins; la volonté des particuliers ne peut pas se mouvoir librement; les problèmes juridiques ont des aspects moins variés; il faut des réformes législatives pour les rajeunir ou pour fournir des sujets nouveaux à la controverse.

Sous ce rapport, la dernière année judiciaire a vu s'accomplir le fait d'ordre législatif le plus considérable qui se soit produit dans la sphère du droit civil depuis 1855 : le divorce a été rétabli. Mais la loi qui l'a fait revivre a été promulguée à la veille des vacances judiciaires; les décisions auxquelles elle a déjà donné lieu trouveront leur place dans un autre article : celles que nous pouvons relever dans les recueils pour la période à laquelle se réfère le présent travail concernent des sujets d'une moindre actualité.

I.

FILIATION LÉGITIME. — POSSESSION D'ÉTAT. — TROUBLE. — RECHERCHE DE MATERNITÉ NATURELLE. — CONDITIONS DE PREUVE. — Cour de Paris, 26 juin 1883 [1].

Un enfant avait été inscrit sur les registres de l'état civil comme

[1] S. 1884. 2. 13.

Digitized by Google

enfant légitime de deux époux. En fait, il était permis de croire qu'une fraude avait été commise, et que l'enfant était étranger à ses prétendus parents légitimes; en tout cas, il était réclamé contre eux comme enfant naturel par une femme qui, antérieurement à l'instance civile, les avait menacés plusieurs fois de dénonciation pour en obtenir diverses sommes d'argent, et qui avait finalement provoqué l'ouverture d'une procédure criminelle pour crime de supposition de part.

L'attention des magistrats pouvait être appelée sur une question préalable de procédure. L'enfant était-il valablement et régulièrement représenté par les deux époux défendeurs, ou devait-il être pourvu d'un tuteur *ad hoc* ? Il aurait fallu lui en donner un d'après une doctrine très large et très rationnelle qui a été exposée ici même par notre savant maître M. Labbé : tout enfant mineur dont l'état est mis en question devrait avoir un représentant spécial [1]. Mais la jurisprudence ne supplée pas volontiers en pareille matière au silence de la loi; l'affaire a suivi son cours sans qu'aucune nomination de tuteur ait eu lieu, et on n'a soulevé la question de savoir si cette nomination aurait été utile que pour la trancher d'un commun accord dans le sens de la négative.

L'intérêt du débat et l'effort des parties se sont concentrés sur un autre point, la recevabilité de l'action.

Elle rencontrait un premier obstacle dans la disposition de l'art. 322 du Code civil. Jusqu'aux premiers actes de la procédure criminelle, aucun doute n'avait existé ni dans le public ni dans la famille des défendeurs sur la filiation et la légitimité de l'enfant qu'ils présentaient comme leur appartenant; si la possession d'état concourait ainsi avec l'acte de naissance, une contestation d'état n'était pas possible.

Mais les conditions requises pour l'application de l'art. 322 étaient-elles véritablement remplies ? Y avait-il réellement concours du titre et de la possession d'état, de la possession continue telle que l'exige la loi ?

La demanderesse au procès a tenté de le nier afin d'échapper à la fin de non-recevoir. Pour isoler le titre de la possession

[1] *Revue critique*, 1883, Examen doctrinal, page 477.

Digitized by Google

d'état elle offrait de prouver que l'officier de l'état civil avait été trompé par les déclarants, que l'enfant avait été inscrit sur la foi de déclarations mensongères. Contre la possession d'état elle-même, elle alléguait que sa continuité avait été atteinte soit par les menaces de dénonciation, soit au moins par l'ouverture de la procédure criminelle.

Ce dernier argument avait fait impression sur les premiers juges. La Cour l'a, au contraire, écarté. — Les manœuvres pratiquées contre les défendeurs avaient été complétement ignorées du public et, comme on l'a dit très justement, le procédé serait trop simple s'il suffisait d'organiser un chantage autour d'une personne pour porter atteinte à la continuité de la possession d'état. Quant à la procédure criminelle, elle avait été ouverte en violation de la disposition de l'article 327 du Code civil qui s'oppose formellement à ce que l'état d'un enfant puisse être préjugé par les constatations d'une procédure criminelle : la Cour a pensé qu'elle devait être réputée inexistante et non avenue.

Le premier moyen n'a pas été mieux accueilli. L'enfant était peut-être l'enfant naturel de la femme qui le réclamait comme tel, mais personne n'ignore que la règle de l'article 322 couvre parfois des situations irrégulières. Presque tous les auteurs prévoient une espèce dont les éléments sont précisément ceux de la nôtre : « En vain alléguerait-on, dit M. Demolombe, (*Cours de Code civil*, t. 5, n° 226), que l'enfant a été inscrit sous de faux noms. Cet acte de naissance, porté sur les registres de l'état civil, a-t-il été rédigé en effet pour le même enfant qui a la possession d'état d'enfant légitime que ce titre lui attribue ? Tout est là ; et lorsque ces conditions existent, la filiation légitime est prouvée d'une manière absolue. S'il suffisait de soutenir que l'enfant a été inscrit sous de faux noms, jamais l'article 322 ne pourrait arrêter aucune action en réclamation ou en contestation d'état,.... l'article 323 absorberait complètement l'article 322. » (Cpr. Laurent, *Principes*, t. 3, n° 411 ; Aubry et Rau, t. 6, § 544 *bis*, page 22, texte et note 19).

La recevabilité de l'action a été discutée à un autre point de vue.

Un enfant naturel a le droit d'intenter une action en recherche

Digitized by Google

de la maternité à la charge de satisfaire, quant à ses moyens de preuve, aux prescriptions de l'article 341. De la part de la mère, le recours à la voie judiciaire, pour arriver à la constatation de sa qualité, se comprend moins. Que si cependant la preuve légale de son accouchement n'existe pas, si, comme dans l'espèce, une reconnaissance utile est devenue impossible parce qu'elle se heurte à un acte de naissance attribuant à l'enfant une filiation légitime qu'il faudrait d'abord faire juger mensongère, (nous faisons abstraction de l'article 322), la réclamation formée par la prétendue mère naturelle n'est pas autre chose qu'une recherche de maternité et son admissibilité dépend de la portée qu'on assigne à la disposition de l'article 341.

Or, les termes du premier alinéa de ce texte sont très larges : « la recherche de la maternité est admise » ; mais les deux alinéas qui suivent ne sont plus rédigés que dans la prévision d'une réclamation formée par l'enfant. Des divergences d'interprétation se sont produites. (Cpr. Demolombe, t. 5, n° 527 ; Laurent, *Principes*, t. 4, n°s 107 et s.; Aubry et Rau, t. 6, § 570, texte et note 2, et les autorités qu'ils citent). La jurisprudence a peu de tendance à admettre que la recherche de maternité puisse être faite contre l'enfant.

Toutefois, il faut remarquer que la question s'est posée jusqu'ici dans des conditions différentes de celles que présentait notre affaire.

Les arrêts antérieurs ont eu à se prononcer sur la recevabilite d'une recherche entreprise contre l'enfant par des tiers pour le priver de certains avantages pécuniaires, notamment pour obtenir la réduction de libéralités excédant la quotité déterminée par l'art. 908; dans l'espèce actuelle, en négligeant toutes les circonstances secondaires, c'est la mère elle-même qui revendique sa maternité.

Certains rapprochements nous paraissent possibles.

Un enfant a été inscrit comme enfant naturel né d'un père inconnu et d'une femme qui n'est point sa véritable mère. Cette dernière est une femme mariée. Elle demande à prouver, conjointement avec son mari, la filiation légitime de l'enfant. — L'espèce est celle d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 août 1861

Digitized by Google

(Sir. 1861. 1. 929). Le droit des père et mère n'a pas même été discuté : le débat n'a porté que sur les conditions d'admissibilité de la preuve offerte, sur le point de savoir si elles devaient être régies par l'art. 323. L'affirmative a été admise.

Faisons une autre hypothèse : Une mère naturelle est en présence d'une reconnaissance émanée d'une autre femme. Elle a le droit de la contester (art. 339, C. civ).

Les deux solutions dérivent d'une idée commune : l'état d'un enfant ne doit pas être frauduleusement modifié.

Cette idée cesse-t-elle d'être vraie par cela seul que la fraude se sera produite dans un acte de naissance et tendra à procurer à l'enfant les avantages de la légitimité ? Il nous semble que cela ne serait conforme ni à la raison ni au vœu général de la loi.

La Cour s'est dispensée de se prononcer nettement sur la difficulté. Elle admet notre solution par « pure hypothèse ».

Une fin de non-recevoir n'en procédait pas moins en l'état des faits de la cause. La demanderesse n'invoquait en effet aucun commencement de preuve par écrit à l'appui de sa prétention, et il n'était pas permis de l'en dispenser. Peu importe la personne qui intente l'action en recherche de la maternité : le fait à prouver est toujours le même et la loi en a soumis la preuve à des règles spéciales (art. 341, C. civ.). Notre arrêt est conçu à cet égard dans le même esprit que l'arrêt précité de 1861. On en peut également rapprocher un arrêt de la Chambre des requêtes du 12 juin 1823.

II.

DÉSAVEU DE PATERNITÉ. — INTERDIT. — TUTEUR. — ACTION. — AUTORISATION DU CONSEIL DE FAMILLE. — Cour de Grenoble, 5 décembre 1883 [1].

Un individu est en état d'interdiction judiciaire. Sa femme met au monde un enfant contre lequel il y aurait lieu de poursuivre une action en désaveu. Le tuteur de l'interdit a-t-il qualité pour exercer l'action ? Doit-il se pourvoir d'une autorisation du conseil de famille ?

La première question est ancienne. Deux considérations sont en présence : Le tuteur est le représentant du mineur ou de l'interdit dans les actes de la vie civile (art. 450, C. civ.). — Le

[1] S, 1884. 2. 74.

Digitized by Google

désaveu est affaire de conviction personnelle et intime : l'exercice d'un droit qui tient à la conscience ne peut pas être délégué à un représentant.

La jurisprudence s'en tient au principe de l'art. 450.

La seconde question se rattache à cette autre : Le tuteur a-t-il besoin de l'autorisation du conseil de famille pour intenter soit une action relative à l'état de l'incapable, en supposant qu'il ait qualité pour le faire, soit une action relative à l'état d'un tiers ? L'action en désaveu présente les deux caractères : elle intéresse à la fois l'état du mari de la mère et l'état de l'enfant.

Deux textes, les articles 464 et 465, ont réglé les pouvoirs du tuteur en matière judiciaire. Ils veulent qu'il se munisse d'une autorisation du conseil de famille pour introduire une action immobilière ou une action en partage; ils ne disent rien des autres actions. On peut en conclure que l'action en désaveu est valablement intentée sans autorisation. C'est la solution de l'arrêt de Grenoble.

Peut-être n'est-elle pas la plus sûre. Si la loi subordonne l'exercice des actions immobilières et en partage à l'autorisation du conseil de famille, c'est évidemment à cause de leur importance : celle des actions relatives à l'état de l'incapable ou d'un tiers n'est certainement pas moindre. Il existe aussi des textes spéciaux qui indiquent que le vœu de la loi n est pas que le tuteur agisse librement dans ce qui intéresse l'état et la personne de l'incapable; nous ne citerons que l'article 175 relatif aux oppositions à mariage : il n'est pas négligeable.

III.

SÉPARATION DE CORPS. — PENSION ALIMENTAIRE. — ADULTÈRE. — Cour de cassation, Chambre civile, 3 avril 1883 [1].

Un mari, dont la femme avait encouru, après la séparation de corps, une double condamnation correctionnelle pour délit d'adultère, a émis la prétention de se faire décharger pour ce seul motif de l'obligation de payer la pension alimentaire qu'il était tenu de lui fournir aux termes du jugement prononçant la séparation de corps.

[1] S. 1884. 1. 71.

Digitized by Google

La demande a été rejetée. L'obligation d'aliments dont les époux sont réciproquement tenus survit en effet à la séparation de corps, avec les caractères qui sont propres aux obligations de cette espèce. Elle ne cesse pas tant qu'il n'est pas démontré que celui des conjoints au profit duquel elle s'applique ne se trouve plus dans le besoin ou que la situation pécuniaire du débiteur ne lui permet plus de l'acquitter (art. 209). La loi ne dit pas que l'inconduite, même judiciairement constatée, du créancier d'aliments soit par elle seule une cause d'extinction de sa créance.

Il y a d'ailleurs une nuance à observer. Nous supposons que l'inconduite n'est pas l'origine première du dénûment de celui qui réclame des aliments, que son âge et son état de santé ne lui permettent pas de travailler pour se procurer des ressources suffisantes.

La solution serait tout autre dans le cas contraire, et notre arrêt ne la contredirait pas (Cpr. Cass. Req. 7 juillet 1863, Sir. 1863. 1. 375).

IV.

SÉPARATION DE CORPS. — GARDE DES ENFANTS. — PUISSANCE PATERNELLE. — Cour de cassation; Chambre des requêtes, 1er août 1883 [1].

Au milieu des conflits qu'engendre la désunion de deux époux séparés de corps, l'éducation, la moralité, le bien-être des enfants peuvent être compromis. Il appartient aux juges d'y pourvoir, de décider qui aura la garde des enfants, à qui le soin de leur éducation sera confié. L'article 302 le dit pour le cas de divorce : la Cour suprême n'a pas cru dépasser les limites d'une saine interprétation en étendant l'application de cette disposition à la séparation de corps. Les auteurs se sont, en général, ralliés à cette doctrine. (En sens contraire, M. Laurent, *Principes*, t. 3, nº 350).

Le pouvoir des tribunaux n'est pas cependant sans limites. Alors même qu'ils sont privés de la garde de leurs enfants, les père et mère ont le droit de surveiller leur éducation; les mesures ordonnées par la justice cesseraient d'être légales si elles les dépouillaient de cette prérogative attachée à la puissance paternelle (art. 303, C. civ.).

[1] S. 1884. 1. 116.

Digitized by Google

Un arrêt de la Cour de Besançon a été déféré à la Chambre des requêtes comme ayant violé ce principe.

Les faits étaient ceux-ci : La décision portant séparation avait confié les enfants à la mère et ordonné leur placement dans certaines maisons d'éducation. Le père était autorisé à voir ses enfants pendant les récréations et à les faire sortir à des époques déterminées. Ces dispositions avaient été ensuite modifiées : un changement de résidence de la mère avait fait désigner, pour recevoir les enfants, de nouveaux établissements d'instruction; il avait été défendu au père de les faire sortir, il était admis seulement à les visiter.

Son droit de surveillance était-il respecté?

Le pourvoi a été rejeté.

V.

SÉPARATION DE CORPS. — GARDE DES ENFANTS. — MODIFICATION. — COMPÉTENCE. — Cour de cassation, Chambre civile, 25 août 1884 [1].

Nous venons de voir que des mesures prescrites, au moment de la séparation de corps, au sujet de la garde et de l'éducation des enfants, avaient pu être modifiées dans la suite.

Les mesures de ce genre ont, en effet, un caractère essentiellement provisoire. L'article 302 veut qu'en les ordonnant le juge s'inspire du plus grand avantage des enfants : elles doivent être susceptibles des modifications commandées par cet avantage.

Une question issue de cette donnée a divisé la chambre civile et une Cour d'appel.

Celui des époux auquel a été confié le soin de diriger l'éducation d'un enfant commun n'a pas conservé le domicile qu'il avait au moment où la séparation a été prononcée. Des circonstances se produisent qui font naître chez son conjoint le désir d'obtenir un changement aux dispositions antérieurement prises. Le tribunal de qui elles émanent a-t-il seul compétence pour statuer?

Suivant l'arrêt d'appel, la juridiction de ce tribunal est, en principe, épuisée. Il faudrait que son jugement contînt des réserves pour qu'il eût le droit de connaître de la demande actuelle; à défaut, elle est à traiter comme une instance nouvelle

[1] S. 1884. 1. 424.

Digitized by Google

soumise à la règle générale de compétence édictée par l'article 59 du Code de procédure civile.

La Chambre civile n'a point partagé cet avis.

Si l'on envisage la question au point de vue pratique, aucun juge n'est mieux placé que celui qui a décidé d'abord de la garde et de l'éducation de l'enfant pour rechercher si les motifs qui ont inspiré ses dispositions subsistent ou ont disparu.

En droit, la solution s'appuie sur les principes qui régissent l'exécution des jugements. Les contestations nées à ce sujet sont de la compétence du tribunal qui a rendu la décision (art. 472, C. Pr. civ.) : il en doit être ainsi surtout quand il s'agit d'un jugement qui n'a rien de définitif, qui ne ferme pas le débat.

Les propositions contenues dans l'arrêt attaqué étaient inexactes précisement parce qu'elles ne tenaient pas compte de cette dernière idée. Il n'est pas permis de dire que le juge épuise sa juridiction quand, par sa nature même, la sentence qu'il rend comporte une suite : les réserves qu'il formulerait ou seraient inutiles on ne se comprendraient pas : un pouvoir épuisé par un premier jugement ne saurait revivre grâce à une simple mention.

VI.

PUISSANCE PATERNELLE. — TUTELLE. — GARDE D'ENFANT. — Cour de Rennes, 24 février 1883 [1].

La Cour de Rennes consacre par cet arrêt une solution qui est peu contestable.

Une veuve est investie de la tutelle légale de sa fille mineure. Elle veut se remarier et, conformément à la loi, elle convoque le conseil de famille à l'effet de décider si la tutelle lui sera conservée (art. 395, C. civ.). Le conseil de famille lui maintient la qualité de tutrice. Toutefois, sur l'offre faite par les grands parents de la mineure de la nourrir et entretenir sans indemnité, il leur confie la garde de l'enfant et déclare que, tout en restant libre de la réclamer quand bon lui semblera, la tutrice ne pourra le faire qu'à la charge de subvenir elle aussi à toutes les dépenses de nourriture et d'entretien, sans prélèvement sur les revenus

[1] S. 1884. 2. 150.

Digitized by Google

des biens dont elle va d'ailleurs, par suite de son second mariage, cesser d'avoir la jouissance légale (art. 386, C. civ.).

Au cours de la tutelle, la mère reprend la garde de sa fille; puis, quand vient l'époque de la reddition de son compte de tutelle, elle se voit contester le droit de porter en décharge aucune dépense de nourriture et d'entretien. Elle oppose la nullité de la clause insérée dans la délibération du conseil de famile.

L'hésitation n'était guère possible.

Que le père où la mère aient ou non la jouissance légale des biens qui appartiennent en propre à un enfant mineur, le droit d'éducation leur incombe également; seulement il comporte un tempérament dans le second cas. On s'accorde à reconnaître que le père ou la mère ne sont pas tenus de payer de leurs deniers personnels des dépenses d'entretien et d'éducation auxquels il peut être pourvu par les revenus personnels de l'enfant.

D'un autre côté, la puissance paternelle est essentiellement d'ordre public : les prérogatives qui en résultent, le droit de garde entre autres, sont en dehors et au-dessus des conventions et des dispositions des particuliers.

La Cour n'avait qu'à combiner ces deux idées très simples.

En prétendant restreindre la puissance qui appartenait à la tutrice en sa qualité de mère survivante, en subordonnant l'essence de cette puissance à l'abandon d'un droit pécuniaire, le conseil de famille avait excédé ses pouvoirs; sa délibération était entachée de nullité, elle ne devait pas servir de base pour l'établissement du compte de tutelle.

VII.

MINEUR ÉMANCIPÉ PAR MARIAGE. — ALIÉNATION DE VALEURS MOBILIÈRES. — CAPACITÉ. — LOI DU 27 FÉVRIER 1880. — Tribunal de Lille, 6 août 1881 ; Tribunal de Dunkerque, 24 novembre 1881 [1].

En déterminant les formalités à remplir pour l'aliénation des meubles incorporels appartenant à des mineurs, la loi du 27 février 1880 n'a pas assimilé dans sa réglementation les diverses situations que comporte l'état de minorité. Faite surtout contre les

[1] S. 1884. 2. 23.

Digitized by Google

tuteurs, elle laisse en dehors de ses dispositions le régime de l'administration légale ; en cas d'émancipation, son application n'est pas constante : une distinction, qui du reste ne se justifie pas toujours très aisément [1], est faite par l'art. 4. Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, doit observer pour l'aliénation de ses valeurs mobilières les formalités imposées au mineur en tutelle ; le mineur émancipé par ses père et mère au cours de leur union et le mineur émancipé par mariage n'y sont pas soumis.

Quelles sont donc les règles que suivront les mineurs de ces deux dernières catégories?

Une proposition n'est pas contestable. Si la loi de 1880 ne s'applique pas au mineur émancipé par mariage, pour ne parler désormais que de celui-ci, ses obligations doivent être déterminées d'après la législation antérieure, à cela près que l'art. 12 de la nouvelle loi a formellement abrogé la loi du 24 mars 1805 et le décret du 25 septembre 1813 concernant les aliénations d'inscriptions de rentes sur l'Etat et d'actions de la Banque de France appartenant à des mineurs, que par suite les dispositions spéciales de ces textes, d'ailleurs bien connus, ne peuvent plus être invoqués et qu'une règle uniforme doit gouverner l'aliénation opérée par le mineur, de quelque espèce que soit la valeur dont il veuille disposer.

Mais ce point de départ admis, l'incertitude ne cesse pas car le Code civil ne dit rien des opérations dont nous parlons et les dispositions qu'il consacre à d'autres faits de gestion ne laissent pas apercevoir avec toute la netteté désirable sa doctrine générale sur la capacité du mineur émancipé.

Suivant le tribunal de Lille « le mineur émancipé par mariage même avec l'assistance de son curateur, ne peut faire que des actes d'administration au nombre desquels l'art. 482 a rangé la réception d'un capital mobilier ; l'aliénation de valeurs, d'un titre de rente notamment, a un tout autre caractère, elle est susceptible de compromettre les ressources du mineur, elle n'est possible qu'avec l'autorisation du conseil de famille. » Un certain

[1] Cf. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. 2, 2e édition. n° 253 *bis* D, page 290.

Digitized by Google

nombre de compagnies industrielles ou financières se croient fondées à exiger cette autorisation.

Le tribunal de Dunkerque se rallie à une autre doctrine. C'est celle qui était le plus généralement admise avant la loi de 1880 : l'assistance du curateur est nécessaire mais suffisante pour l'aliénation des meubles incorporels.

Il n'est pas utile d'entrer dans la controverse. Nous signalerons seulement un argument que le tribunal de Dunkerque déduit à l'appui de sa thèse des travaux préparatoires de la loi de 1880.

Une disposition du projet préparé par la commission de la Chambre des députés tranchait notre question en donnant au mineur émancipé par mariage la capacité de disposer de ses valeurs mobilières avec la seule assistance de son curateur. Elle a été effacée de la rédaction définitive de la loi à la suite d'incidents qui sont exposés dans le rapport de M. Denormandie au Sénat, mais il faudrait, suivant le même document, se garder d'en conclure que l'intention du législateur se soit modifiée. L'addition dans le § 1er de l'art. 4 du mot « même » devant ceux « assisté de son curateur », indiquerait au contraire qu'on a considéré l'aliénation par le mineur émancipé avec la seule assistance de son curateur comme étant de droit commun au moment du vote de la loi et comme demeurant par suite permise au mineur émancipé par mariage.

L'administration de la dette publique s'est approprié cette interprétation dans une circulaire du 10 mars 1880. L'arrêt de la Chambre civile dont nous allons immédiatement rendre compte la consacre implicitement.

VIII.

MINEUR ÉMANCIPÉ PAR MARIAGE. — HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE. — RENTES SUR L'ÉTAT. — ALIÉNATION. — Cour de cassation, Chambre civile, 13 août 1883 [1].

Une succession échoit à un mineur émancipé par mariage ; elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire, selon les prescriptions de la loi (art. 461 et 776, C. civ.). Des valeurs soumises à la loi de 1880, notamment des rentes sur l'État, s'y trouvent comprises.

Le mineur peut-il aliéner ces rentes, comme celles qui lui ap-

[1] S. 1884. 1. 177.

Digitized by Google

partiendraient en toute autre qualité que sa qualité d'héritier bénéficiaire, avec la seule assistance de son curateur, sans plus de formalités ?

Telle était la difficulté soumise à la Chambre civile, à la suite d'un dissentiment entre le tribunal de la Seine et l'Administration des finances. Quelques indications sont nécessaires pour en préciser tous les éléments.

Les pouvoirs de l'héritier bénéficiaire, en matière d'aliénation de rentes sur l'État, ont été déterminés, peu de temps après la promulgation du Code civil et du Code de procédure, par un avis du Conseil d'État du 11 janvier 1808. Cette décision établissait que l'héritier bénéficiaire ne pourrait opérer un transfert de rentes au-dessus de cinquante francs que muni d'une autorisation judiciaire. Elle étendait ainsi aux héritiers bénéficiaires, sous les modifications exigées par l'organisation du bénéfice d'inventaire, en remplaçant l'autorisation du conseil de famille par celle de justice, mais avec la même distinction suivant le chiffre des arrérages, les règles posées par la loi du 24 mars 1806 concernant les aliénations de rentes opérées pour le compte de mineurs en tutelle ou en curatelle.

Dès ce moment, il a pu s'élever une question analogue à celle que notre arrêt a tranchée. — Le mineur émancipé, héritier bénéficiaire aux termes de l'article 461, capable en tant que mineur d'aliéner une inscription de rente supérieure à 50 francs avec l'assistance de son curateur et l'autorisation de son conseil de famille (loi du 24 mars 1806), devait-il, en tant qu'héritier bénéficiaire, se pourvoir en outre d'une autorisation de justice, ou bien sa qualité de mineur absorbait-elle celle d'héritier bénéficiaire, au point de rendre inutiles les précautions spéciales dérivant du bénéfice d'inventaire ?

Il ne paraît pas que les tribunaux aient eu à examiner la question sous cette forme ; mais elle s'est présentée sous une forme très voisine et la Chambre du conseil du tribunal de la Seine avait jugé plusieurs fois que l'avis du Conseil d'État de 1808 n'avait d'application qu'à l'égard des héritiers bénéficiaires volontaires et non des mineurs (Cf. Bertin, *Chambre du Conseil*, t. 1, n° 525, p. 441).

Digitized by Google

Les termes du problème ont un peu changé. Depuis que la loi du 27 février 1880 a, par son article 12, abrogé celle du 24 mars 1806, on s'est demandé si le régime des successions bénéficiaires n'en devait pas subir un contre-coup et si les conditions de l'administration de ces successions, au point de vue particulier qui avait été réglé par l'avis de 1808, ne se trouvaient pas modifiées.

Les lecteurs de la *Revue* connaissent la décision que la Chambre civile a rendue sur ce point à la date du 4 avril 1881 [1] : l'héritier bénéficiaire ne peut plus désormais aliéner sans autorisation de justice aucune inscription de rente, ni du reste aucune autre valeur mobière comprise dans la succession, si minime qu'en soit l'importance. Malgré les justes critiques dont il a été l'objet, cet arrêt sert de règle de conduite à l'administration de la dette publique.

Le conflit s'est dès lors élevé dans notre espèce entre cette solution nouvelle et l'idée que le mineur émancipé par mariage peut valablement aliéner ses meubles incorporels à la seule condition d'être assisté de son curateur.

Aucune des deux propositions ne devait, à nos yeux, être sacrifiée à l'autre; sa part d'application devait, au contraire, être faite à chacune d'elles. Deux causes se réunissaient dans la personne du mineur pour l'empêcher de vendre en toute liberté; il fallait satisfaire en même temps et aux conditions rendues nécessaires par son état de minorité et à celles résultant de sa qualité d'héritier bénéficiaire.

La décision de la Chambre civile a été différente, et elle doit fixer l'attention.

Les motifs invoqués pour la justifier se ramènent à deux : nous en empruntons la formule au texte même de l'arrêt.

1° En réglant la capacité du mineur émancipé par mariage, la loi de 1880 a entendu comprendre dans la généralité de ses termes toutes les valeurs mobilières non corporelles lui appartenant à un titre quelconque. Il n'y a point d'exception à faire

[1] Voy. sur cet arrêt les observations de notre collègue et ami, M. Planiol (*Revue critique*, 1882, p. 117 et s.), et la note de M. Labbé (*Revue critique*, 1882, *Examen doctrinal*, p. 363).

Digitized by Google

pour celles qui lui appartiendraient à titre d'héritier bénéficiaire : les lois sur la tutelle et la curatelle forment un ensemble de garanties qui se suffit à lui-même et qu'on ne saurait compléter par celles du bénéfice d'inventaire qu'en présence d'une manifestation de la volonté du législateur.

2° Vainement prétendrait-on trouver cette manifestation de volonté dans l'avis du Conseil d'État du 11 janvier 1808. Les considérants de l'avis prouvent, au contraire, que le Conseil a songé uniquement aux héritiers bénéficiaires qui sont administrateurs comptables et qui, se trouvant ainsi dans une situation analogue à celle des tuteurs, pouvaient être soumis à la loi de 1806 ; quant à la situation légale de l'héritier mineur, elle reste fixée par les lois qui lui sont propres.

Une remarque se présente immédiatement à l'esprit. La doctrine de la Cour ne tend à rien moins qu'à reconnaître deux bénéfices d'inventaire distincts, imposant chacun un régime différent aux biens de la succession.

Elle ouvre aussi la voie à toute une série de restrictions à la solution admise par l'arrêt de 1881, car il est plus d'une hypothèse où l'aliénation de valeurs mobilières appartenant à un mineur, fussent-elles comprises dans une succession bénéficiaire, n'implique aucune intervention de la justice en vertu des seules lois de la tutelle ou de la curatelle. Que la succession soit échue, à un mineur dont les biens sont soumis à l'administration légale de son père, à un mineur émancipé du vivant de ses père et mère, même à un mineur en tutelle ou à un mineur émancipé après la mort de l'un de ses parents pourvu que le capital à aliéner ne dépasse pas 1500 francs, la loi de 1880 n'exigeant dans aucun de ces cas l'autorisation de la justice pour la validité de la vente, la question que nous examinons se posera, et il n'existera aucune raison de ne pas la résoudre constamment de la même manière.

Peut-être, comme l'indique M. Lyon-Caen dans une excellente dissertation [1], la Cour suprême serait-elle heureuse de pouvoir atténuer les inconvénients pratiques de sa doctrine de 1881 en plaçant ainsi dans une catégorie à part les successions bénéfi-

[1] Sirey, *loc. cit.* Voy. aussi sur la question une note intéressante de M. Testoud, *France judiciaire*, 1884, p. 247.

Digitized by Google

ciaires dévolues à des mineurs, mais la distinction qu'elle voudrait faire n'est assurément pas juridique.

Il n'existe pas en effet dans notre législation deux bénéfices d'inventaire distincts dans leurs effets. Il est vrai que l'acceptation bénéficiaire d'une succession est tantôt volontaire tantôt imposée par la loi, mais, dès qu'elle s'est produite, les garanties et les entraves qui en dérivent sont les mêmes. Aussi, lorsque des difficultés se sont élevées, en cas de bénéfice d'inventaire imposé pour cause de minorité, sur l'application de l'art. 2146 qui prohibe toute inscription d'hypothèque ou de privilège sur les immeubles de la succession, bien que l'acceptation bénéficiaire ne forme plus nécessairement, en pareille circonstance, une présomption d'insolvabilité, les auteurs et les arrêts se sont refusé à suppléer une distinction que les textes n'établissent pas. Pourquoi donc en faire une lorsqu'il s'agit des conditions imposées pour l'aliénation de valeurs mobilières ?

Le raisonnement invoqué par la Chambre civile est loin d'être décisif.

Tout d'abord, quel est l'objet de la loi de 1880? Uniquement de déterminer dans quelle mesure l'état de minorité d'une personne peut être une entrave à l'aliénation de certains de ses biens. Quant aux obstacles que cette même aliénation viendrait à rencontrer dans une autre cause, elle ne s'en occupe pas; par conséquent, la généralité des termes du second alinéa de l'article 4 ne saurait décider notre question. Si une femme mariée mineure voulait aliéner des immeubles, on ne dirait pas que l'autorisation de son mari suffirait à la relever en même temps et de son incapacité de femme mariée et de son incapacité de mineure; on combinerait les règles des deux incapacités, bien que l'art. 217 ne contienne aucune distinction. Une combinaison analogue s'impose dans notre cas.

Elle s'impose d'autant plus que ce n'est pas la capacité de l'héritier qui se trouve mise en cause par l'effet du bénéfice d'inventaire, ce sont ses pouvoirs, c'est son droit de se comporter comme maître à l'égard d'un patrimoine qui demeure distinct et séparé de son patrimoine personnel : la loi de 1880 n'a certainement pas touché à cet ordre d'idées.

Digitized by Google

Notre objection perdrait, il est vrai, toute sa force si les règles du bénéfice d'inventaire devaient cesser de s'appliquer en présence des lois sur la tutelle et la curatelle, si les restrictions établies par l'avis du Conseil d'État de 1808, et partant celles qu'on leur a substituées, à tort ou à raison, par suite de la combinaison de ce texte avec la loi de 1880, ne concernaient pas les héritiers bénéficiaires mineurs; mais cette affirmation voudrait être prouvée.

Nous savons bien que, en imposant l'acceptation bénéficiaire aux mineurs, le législateur s'est plus soucié de leur intérêt que de celui des créanciers de la succession. Mais la confusion des patrimoines est-elle moins empêchée? les créanciers sont-ils moins exposés à n'être payés qu'en partie? faut-il moins sauvegarder leur gage? le mineur en est-il moins comptable envers eux que ne le serait un héritier bénéficiaire volontaire? Une véritable méprise se glisse dans notre arrêt lorsqu'il argumente des considérants de l'avis de 1808 et relève la qualification d'administrateur comptable donnée à l'héritier bénéficiaire. Elle n'implique nullement l'exclusion des mineurs. En effet l'héritier est-il émancipé? C'est lui-même qui administre. Est-il en tutelle ou sous puissance paternelle? Ce n'est plus lui qui gère les biens, mais il est représenté dans cette gestion par son tuteur ou par son père, et sauf recours contre ces derniers c'est bien lui qui est responsable vis-à-vis des créanciers.

IX.

INTERDICTION LÉGALE. — CAPACITÉ DE TESTER. — Cour de cassation, Chambre civile, 27 février 1883 [1].

Cet arrêt est à signaler parce qu'il est sans précédent direct dans la jurisprudence de la Cour suprême; mais la difficulté résolue est classique. Il s'agissait de savoir si l'individu condamné à une peine afflictive et infamante temporaire et frappé par conséquent d'interdiction légale est capable de faire un testament.

L'arrêt attaqué développait avec beaucoup de soin cette thèse que nos lois n'instituent pas deux sortes d'interdiction différentes dans leurs effets, que l'interdiction légale doit être assimilée à

[1] S. 1884. 1. 65.

Digitized by Google

l'interdiction judiciaire, et jugeant d'ailleurs que l'interdit judiciairement perd la capacité de tester, il attachait la même déchéance à l'interdiction légale.

La Chambre civile a pensé, au contraire, que le condamné peut tester et nous adhérons à sa doctrine.

Mais nous faisons des réserves vis-à-vis de certains motifs de l'arrêt. On y lit notamment que le soin pris par le législateur de 1854 de déclarer par une disposition spéciale (art. 3, loi du 31 mai 1854) que le condamné à une peine perpétuelle, déjà frappé d'interdiction légale par l'article 2, ne peut pas disposer par testament, implique que l'incapacité de tester n'est pas une conséquence nécessaire de cette interdiction. Nous ne dirons pas que l'argument soit dénué de toute espèce de valeur : il s'en faut néanmoins qu'il soit décisif parce que la déchéance résultant de l'article 3 est autrement grave que celle qui peut résulter de l'interdiction : elle porte sur la jouissance même et non pas seulement sur l'exercice du droit de tester.

Un autre considérant ne caractérise pas très exactement la situation faite au condamné pas l'interdiction. Il serait « uniquement privé du droit de consentir des actes d'aliénation et de dessaisissement, actes qu'il ne pourrait faire par lui-même sans porter atteinte aux règles qui régissent l'administration de ses biens, mais rien ne ferait obstacle à ce qu'il dispose de sa fortune par un acte testamentaire qui n'emporte ni aliénation ni dessaisissement des biens soumis à la gestion du tuteur. »

Il semble que la préoccupation de la Cour soit de se garder contre l'assimilation des deux sortes d'interdiction. Elle ne préjugerait pourtant pas la question. La capacité de tester est régie par des règles particulières. S'il est permis de dire que l'interdit judiciairement en soit privé, la raison en est moins dans les textes relatifs à l'interdiction que dans la disposition de l'article 901 combinée avec la présomption légale d'insanité d'esprit qui résulte du fait même de l'interdiction. On ne peut invoquer aucun motif de ce genre pour l'interdit légalement, et en l'absence d'un texte formel prononçant son incapacité il doit bénéficier du principe posé par l'article 902.

CH. MASSIGLI.

Digitized by Google

DE LA CONVERSION DES JUGEMENTS DE SÉPARATION DE CORPS EN JUGEMENTS DE DIVORCE,

(*Suite* [1]).

Par M. Saint-Marc, agrégé près la Faculté de droit de Toulouse.

Art. 310, C. civ. « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux. — Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président — Elle sera débattue en chambre du conseil. — L'Ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution. — Le jugement sera rendu en audience publique.

Art. 4, loi du 27 juillet 1884. Les instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de la présente loi pourront être converties par les demandeurs en instances de divorce. Cette conversion pourra être demandée, même en Cour d'appel. — La procédure spéciale au divorce sera suivie à partir du dernier acte valable de la procédure en séparation de corps. — Pourront être convertis en jugements de divorce, comme il est dit à l'art. 310, tous jugements de séparation de corps devenus définitifs avant ladite promulgation.

SOMMAIRE.

16. Du pouvoir d'appréciation du juge.
17-23. Ses limites. Critique d'une théorie du rapporteur.
24. Modification proposée à l'article 310.
25. Troisième partie. De la procédure et des résultats de la demande en conversion. Observation.
26-27. Requête et ordonnance.
28. Assignation.
29. Compétence.
30. Comparution.
31. Débats.
32. Incidents et demandes reconventionnelles.
33-35. Jugement et ses résultats.
36. Voies de recours.
37. Prononciation du divorce.

16. Nous venons d'étudier les trois conditions nécessaires à la recevabilité de la demande en conversion. Mais ces conditions sont-elles aussi suffisantes pour entraîner prononciation de la conversion ? En d'autres termes, le juge doit-il se borner à en constater la réunion ou y a-t-il lieu à appréciation de sa part.

L'ancien art. 310 décidait que le tribunal devait prononcer le divorce quand le défendeur l'exigeait, à moins que le demandeur

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouvelle série, 1885, page 120.

Digitized by Google

ne se déclarât prêt à reprendre la vie commune; « le tribunal admettra ».

L'article actuel emploie l'expression pourra, « le jugement pourra être converti » et cette modification est parfaitement intentionnelle (Voy. *Off.* 25 juin, Sénat, p. 1193).

Laquelle des deux solutions est la plus raisonnable ?

Nous savons que les conclusions posées par le demandeur en séparation de corps constituent un droit acquis pour les deux époux au maintien de la situation de séparation de corps prononcée (Cpr. n° 5). La possibilité accordée à chacun des époux de demander la conversion après trois ans n'est qu'une transaction exigée par l'intérêt public et l'intérêt privé. Eh bien! cette transaction, est-ce le tribunal ou les parties intéressées qui devront juger de son utilité ?

Le parti catholique, qui défendait pied à pied le terrain, jugea l'article favorable pour un retour offensif. M. Lucien Brun invoqua les droits de l'époux catholique à l'indissolubilité du mariage et demanda le rejet de l'art. 310. Nous avons déjà répondu à ses arguments (Cpr. n° 4). — M. Jules Simon, plus adroit, montra par des exemples que parfois le sacrifice de l'intérêt privé à l'intérêt général est au-dessus des forces humaines (*Off.*, Sénat, 24 juin, p. 1182).

Il invoqua des lettres confidentielles par lui reçues, où des femmes séparées, dépeignaient sous les couleurs les plus vives leur malheur et celui de leurs enfants, si le mari, si le père pouvait obtenir le divorce et épouser une femme perdue.

Profitant de la pitié soulevée dans le Sénat par l'exposé de cette situation, il demanda qu'une sauvegarde fût au moins accordée à l'intérêt privé, la sauvegarde judiciaire, l'appréciation des tribunaux. De guerre lasse et pour en finir, la commission accepta cet amendement et accorda un pouvoir d'appréciation au tribunal « transformé ainsi, dit M. Letellier dans le rapport définitif à la Chambre des députés, « en une espèce de conseil de famille jugeant en équité ». Telle est l'origine de l'expression « pourra » insérée dans nos deux textes et la raison de la différence du nouvel art. 310 avec l'ancien art. 310 du Code civil.

Cette solution ne blesse assurément aucun principe de droit,

Digitized by Google

seulement, si on considère la grande place qu'elle fait à l'arbitraire du juge, la difficulté extrême de cette appréciation, les injustices qu'elle peut entraîner, peut-être sera-t-on amené à croire qu'il eût mieux valu donner une solution radicale et faire de la conversion un droit absolu pour chacun des époux.

C'est ce qui ressortira de l'étude à laquelle nous allons maintenant nous livrer de ce pouvoir d'appréciation.

27. Si étendu que paraisse au premier abord ce pouvoir du juge, les règles du droit le restreignent naturellement dans de certaines limites.

Et d'abord, le juge doit bien se pénétrer de l'idée que nous émettions en commençant cette étude, que la demande en conversion n'est pas une demande en révision du jugement en séparation de corps, mais bien une demande en divorce fondée sur une cause nouvelle, l'impossibilité pour l'époux demandeur de rester plus longtemps dans la fausse position que lui fait la séparation de corps (Cpr, n° 3). C'est cette impossibilité que le juge doit apprécier, et c'est seulement dans la mesure où leur connaissance lui est utile pour cette appréciation qu'il a le droit d'examiner les faits anciens. Mais jamais, sous prétexte d'examiner le droit à la conversion, il ne doit juger à nouveau l'affaire et se demander si le premier juge a eu raison de prononcer la séparation de corps. Sur ce point l'autorité de la chose jugée s'impose à lui. Il doit se demander uniquement s'il est bon que la séparation de corps se prolonge.

28. Ici encore j'ai le regret de me trouver en désaccord avec l'honorable rapporteur devant le Sénat, M. Labiche. « L'un ou « l'autre des époux, dit le rapporteur, pourra après trois ans de « séparation de corps, porter à nouveau devant le tribunal les « motifs de la désunion qui existe entre eux et demander la con- « version de la séparation de corps en divorce. Le tribunal aura « à apprécier si les motifs qui avaient été suffisants pour pro- « noncer la séparation de corps, peuvent après les trois ans d'é- « preuve être considérés comme suffisants pour prononcer, non « plus le relâchement du lien conjugal, mais sa rupture, c'est-à- « dire le divorce : mais comme la séparation prononcée depuis « trois ans constitue jusqu'à un certain point un préjugé en fa-

Digitized by Google

« veur d'une rupture plus complète du lien conjugal, la disposi-
« tion que nous vous proposons, édicte dans ce cas une procédure
« plus rapide. D'après nous, la chose jugée en matière de sépa-
« ration de corps ne met pas obstacle à une instance en divorce,
« puisque l'objet de la demande est différent. » (Sénat, 25 juin, *Off.*, p. 1191).

Pour le rapporteur, l'instance dont il s'agit est purement une demande en divorce basée sur les faits anciens, n'ayant pas de connexion nécessaire avec les jugements de séparation de corps intervenue à raison des mêmes faits, lequel constitue simplement un préjugé. Et cette théorie cadre très bien avec celle déjà émise que le demandeur en séparation n'est pas tenu d'attendre trois ans pour réclamer le divorce. (Voy. nos 11-16). Nous ne pouvons pas plus accepter celle-ci que la première, elle tend à supprimer de l'art. 310 le mot de conversion. Ce n'est pas alors le jugement de séparation de corps qui serait converti en jugement de divorce, c'est un jugement pur et simple de divorce qui serait rendu par le tribunal en s'inspirant, comme bon lui semblerait, du jugement de séparation de corps.

La conséquence naturelle de ce principe serait, que l'on pourrait à nouveau tout remettre en question devant le tribunal, nier les faits anciens, prétexter que la bonne foi des premiers juges a été surprise, et enfin, dans le cas où les deux conjoints demanderaient la conversion, prononcer le divorce contre celui qui avait jadis obtenu la séparation, sans qu'aucun fait nouveau fût intervenu. Tout cela est inadmissible, j'ai essayé de le démontrer au début de cette étnde (no 3). Le juge, à notre avis, ne doit pas souffrir que l'on renouvelle devant lui le débat sur les faits anciens. Il ne peut tenir compte de ces faits, qu'à un point de vue tout particulier, c'est-à-dire, en tant qu'ils peuvent lui servir à apprécier l'impossibilité d'un retour à la vie commune, et par conséquent la nécessité de convertir la séparation en divorce. Cette distinction est délicate et c'est pourquoi je disais tout à l'heure que l'appréciation laissée par la loi au juge est entourée de difficultés ; néanmoins je la crois fondée en droit, et si le juge la méconnaissait il y aurait ouverture à cassation.

20. C'est en partant de cette idée que je blâme, sinon dans le

Digitized by Google

fond, du moins dans la forme, un jugement du tribunal de Rambouillet du 8 août 1884 qui refuse la conversion parce que les injures pour lesquelles la séparation avait été prononcée n'étaient pas suffisantes quant à la prononciation de divorce (*Gazette du Notariat*, 10-11 août 1884, *Droit* du 17 août 1884). C'était mal poser la question; il fallait dire que, vu le peu de gravité des injures, on ne devait pas désespérer d'une réconciliation, et que, pour ce motif, il n'y avait pas lieu à accorder la conversion. On évite d'ailleurs ainsi de se mettre en contradiction avec l'art. 306 du C. civ., qui, en établissant l'identité des motifs de séparation de corps et de divorce, semble interdire au juge de déclarer qu'un fait suffisant pour entraîner la séparation de corps ne l'est pas pour entraîner le divorce.

Pour le même motif nous blâmons un jugement du tribunal de Versailles, rapporté dans *le Droit* du 27 août 1884, qui refuse la conversion à un époux contre lequel la séparation de corps avait été prononcée, sous le prétexte que cet époux, ayant été reconnu coupable, ne peut trouver dans ses propres torts une cause de divorce. Evidemment le tribunal n'a pas compris la portée de l'art. 310, mais il faut bien reconnaître que sa décision n'est que l'exagération de la théorie du rapporteur, d'après laquelle ce sont les faits anciens qu'on remet à nouveau devant le juge. En partant de là, il est inadmissible, en effet, que le coupable invoque ses torts pour obtenir le divorce.

22. La seconde pensée qui doit guider le juge, c'est que l'intérêt social réclame la conversion du jugement par cela seul que l'un des époux le demande. Il a été bien reconnu que la prolongation indéfinie de la séparation de corps contre le gré des époux était contraire à l'ordre public tel que le conçoit le nouveau législateur. Sans doute le juge a mission de faire céder l'intérêt général à l'intérêt privé, lorsque celui-ci est trop fortement engagé, mais encore faut-il que les raisons soient particulièrement graves. Cette idée en contient naturellement une autre, à savoir que, dans son appréciation, le juge doit faire abstraction de ses opinions religieuses. S'il tenait compte des sentiments catholiques du conjoint qui réclame le maintien de l'état de séparation, il méconnaîtrait complètement l'esprit de la loi nouvelle. Cette con-

Digitized by Google

sidération ne saurait, aux yeux du nouveau législateur, être au nombre de celles qui empêchent la conversion.

Mais alors quelles considérations, quelles raisons peuvent être jugées assez graves?

Le nombre en est extrêmement restreint; nous ne pouvons l'indiquer d'une façon précise, mais des exemples nous feront comprendre.

Ainsi, prenons le cas expressément prévu par M. Jules Simon. (Voy. n° 16). Une femme a obtenu la séparation de corps, elle a la garde des enfants; le mari veut se remarier avec une femme perdue et, dans ce but, demande la conversion du jugement de séparation en jugement du divorce. Peut-on la lui refuser en se fondant sur la douleur que ressentirait l'épouse vertueuse et le dommage qu'éprouveraient ses enfants?

Il est à croire que si cette hypothèse, au lieu d'être présentée au Sénat par un homme d'une éloquence attendrissante, par un virtuose admirable de sensibilité, eût été exposée par tout autre, fût-ce un Broglie ou un Buffet, elle n'aurait obtenu du Sénat que l'hommage d'une commisération platonique. C'est qu'en effet, dans cette voie, on peut aller bien loin.

On veut empêcher le scandale d'une union légitime du mari avec une femme perdue, on aura le scandale d'un concubinage permanent et de la naissance d'enfants adultérins. Seulement, ceux-ci ne pouvant être reconnus, le père s'arrangera de façon à leur faire parvenir sûrement la plus grande partie de sa fortune et ainsi sera protégé l'intérêt des enfants légitimes : ajoutez que la concubine pourra recevoir ce que recevrait une étrangère, tandis que, épouse du second lit, elle n'aurait eu au plus qu'un quart et jamais plus que la part d'enfant légitime le moins prenant (art. 1098).

Je crois donc que les tribunaux feront bien de ne pas s'engager dans ces considérations. Ce qui devra surtout les préoccuper, c'est de savoir, non pas s'il est avantageux à l'autre conjoint qu'il ne puisse se former une nouvelle union, mais s'il y a des chances pour une reprise de l'ancienne. S'il n'y a plus d'espoir, ils devront prononcer le divorce. L'indignité de la conduite du conjoint qui réclame le divorce ne devra donc pas être considérée

Digitized by Google

comme un motif de lui refuser la conversion, elle devrait au contraire pousser le juge à la lui accorder parce qu'elle démontre l'impossibilité d'une réconciliation.

Toutefois, vu les travaux préparatoires, je n'irai pas jusqu'à dire ici qu'un refus basé sur de telles considérations pût donner ouverture à cassation.

22. En définitive, les principales considérations qui devront guider le juge me paraissent au nombre de deux.

1° L'intérêt social n'est-il pas assez faiblement engagé pour qu'il soit plus utile de maintenir la première union?

2° N'y a-t-il pas des chances de réconciliation entre les époux?

D'après la première de ces considérations le juge pourra refuser la conversion quand le demandeur est vieux, infirme, hors d'âge de se remarier. On m'objectera que la vieillesse n'est pas pour la loi une cause d'incapacité. Mais les juges ne jugent pas ici en droit, ils jugent en équité.

D'après la deuxième considération, ils devront tenir compte pour motiver un refus des indices graves de chance de réconciliation qui pourraient leur être révélés. Parmi ces indices, le plus grave assurément sera l'offre que fera l'époux défendeur à l'époux demandeur de reprendre immédiatement la vie commune. A la différence de l'ancien art. 310, l'art. 310 nouveau ne fait pas d'une pareille offre une fin de non recevoir absolue contre l'admission de la demande. Le juge pourra apprécier jusqu'à quel point elle est sincère, mais il n'en est pas moins vrai qu'il en devra tenir le plus grand compte.

Nous n'insistons pas sur ces hypothèses, la pratique en révèlera bien d'autres. Ce serait folie de vouloir toutes les prévoir.

23. Les développements qui précèdent nous ont montré combien le pouvoir d'appréciation laissé au tribunal par le législateur pouvait être embarrassant pour le juge et funeste aux parties. Mais il est un point négligé par le législateur et dont l'omission donne encore plus d'élasticité à ce dangereux pouvoir. Quelle en sera la durée? Le jugement qui refuse la conversion sera-t-il définitif, épuisera-t-il sur ce point les pouvoirs du juge qui l'a rendu?

Ainsi, prenons l'espèce de M. Jules Simon. Un mari séparé de

Digitized by Google

corps voulait épouser une femme perdue, on lui refuse la conversion. Plus tard il abandonne ce projet, reprend une vie très digne; mais, conservant pour sa femme une aversion profonde, il veut conclure une nouvelle union avec une femme honnête. Le premier jugement qui lui refuse la conversion peut-il lui être opposé?

Autre espèce. Le tribunal a refusé la conversion parce que les injures reçues par l'un des époux n'étaient pas assez graves pour ôter tout espoir de réconciliation. Puis dix ans, quinze ans se passent et la réconciliation n'intervient pas. Refusera-t-on encore la conversion?

Enfin, le défendeur dans la demande en conversion se présente à son tour comme demandeur, la lui refusera-t-on?

Si dans ces différents cas on refuse la conversion en se basant sur le premier jugement, on tombera le plus souvent dans l'injustice; et si on l'accorde, comme aucun délai n'est imposé pour la reproduction de la demande, on tombe dans l'arbitraire et on rend extrêmement précaire la situation des époux séparés de corps.

24. Si l'on s'est bien rendu compte des inconvénients du nouvel article 310 on ne s'étonnera pas que nous en proposions la modification.

A notre avis ces inconvénients disparaîtraient presque tous par un retour raisonnable aux règles du Code civil. Voici la rédaction qui nous paraîtrait de nature, sinon à concilier tous les intérêts (cet espoir nous paraît chimérique), du moins à soulever le moins de critiques.

Art. 310. « Lorsque la séparation de corps aura duré trois « ans, chacun des époux aura le droit d'obtenir la conversion du « jugement de séparation de corps en jugement de divorce. « Néanmoins lorsque cette conversion sera demandée par l'époux « contre lequel la séparation de corps a été prononcée, cette « demande ne sera pas admise si le demandeur originaire pré- « sent ou dûment appelé consent à faire cesser la séparation. »

TROISIÈME PARTIE. — *De la procédure et des résultats de la demande en conversion.*

25. Ici nous nous contenterons d'indiquer les points spéciaux

Digitized by Google

à la procédure de conversion en laissant de côté ceux qui se retrouvent dans la procédure ordinaire du divorce.

26. Le procès commence par une requête au président du tribunal à fin d'assigner l'autre époux.

On se demande pourquoi cette intervention du président. Aura-t-il, comme dans l'art. 238, le droit d'ordonner la comparution personnelle des époux? L'article ne le dit pas. Mais à dire vrai, cette interprétation serait assez conforme à l'esprit de la loi. Il y aurait là un préliminaire de conciliation. S'il n'en est pas ainsi, que fera le président? Ou il donnera toujours son autorisation, et alors son rôle est purement mécanique, ou il appréciera sommairement les conditions de recevabilité de l'action, mais alors un recours au tribunal étant toujours ouvert contre sa décision, on ne fait que compliquer la procédure au lieu de la simplifier.

27. Cette requête sera suivie d'une ordonnance permettant d'assigner et organisant les débats. Elle nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public (laquelle d'ailleurs est de droit, art. 83, C. Pr. civ.), et fixera le jour de la comparution des parties devant le tribunal.

En ce qui concerne le lieu et la forme des actes de procédure, on appliquera l'art. 1040 du C. pr. Remarquez d'ailleurs que ces pouvoirs peuvent être délégués et, dans les grands tribunaux, le seront le plus souvent.

28. L'assignation sera lancée dans la forme ordinaire (Voy. *Off.* 25 juin, Sénat, p. 1192). Elle est accompagnée de copie de l'ordonnance du président.

Comme l'ordonnance a fixé le jour de la comparution personnelle des parties, c'est huit jours passés avant ce jour-là que l'assignation doit être lancée, et ce jour-là la comparution doit avoir lieu tant en personne que par avoué.

Il en résulte que les requêtes du défendeur et les répliques du demandeur sont supprimées dans notre matière, *brevitatis causa*.

29. Devant quel tribunal le défendeur doit-il être assigné? En d'autres termes quel est le tribunal compétent? Le projet attribuait compétence au tribunal qui avait rendu le jugement de séparation de corps. Le rapporteur motive la suppression de cette disposition dans le texte définitif par cette considération que, le

Digitized by Google

plus souvent, depuis trois ans la composition du tribunal aura changé, et que dès lors il n'y a pas davantage à déroger au droit commun qui attribue compétence au tribunal du domicile du défendeur (art. 69, C. Pr. — *Off.* 25 juin, Sénat, p. 1192).

C'est donc ce dernier tribunal qui sera le tribunal compétent (Cf. jugement du tribunal de Versailles, *Droit* du 30 août 1884, *Contrà*, jugement du tribunal de Libourne, août 1884),

Mais l'incompétence de tout autre tribunal civil ne serait qu'une incompétence *ratione personæ*, elle devrait être invoquée « *in limine litis* ».

Si le domicile et la résidence sont inconnus on pourra assigner au parquet conformément à l'art. 69, §8, C. Pr. civ. Toutefois un jugement du tribunal de Versailles (*Droit* du 30 août 1884) a décidé que ce procédé ne devait être employé qu'après des recherches sérieuses.

30. Arrivons à l'audience. Les deux parties doivent comparaître en personne. Le mot « comparution » employé dans l'article 310 s'entend en matière de divorce de la comparution personnelle (art. 238-239 et suiv. Cf. Goirand, p. 131).

Qu'arrivera-t-il si l'un des époux ne comparaît pas? Evidemment, en ce qui concerne le défendeur, il n'y a pas de sanction possible; mais, en ce qui concerne le demandeur, appliquerons-nous l'art. 248 aux termes duquel celui-ci devra être débouté de sa demande s'il ne comparaît en personne? Cet article établissant une déchéance ne doit pas être étendu de la matière de la procédure ordinaire à celle de la conversion.

En revanche, si l'une ou l'autre des parties n'avait pas d'avoué constitué (on sait combien rare est ce fait de la part du demandeur), il faudrait appliquer le droit commun, il y aurait lieu à jugement par défaut faute de comparaître; et, si les avoués négligeaient de conclure, il y aurait jugement par défaut faute de conclure.

31. Les débats auront lieu dans la chambre du conseil. L'article 310 nous dit en effet: « Elle (la demande) sera débattue en chambre du conseil ». C'est là une innovation. M. Bérenger la critiqua vivement (*Off.* 25 juin, p. 1194, Sénat). En vain lui faisait-on observer que les débats ont déjà eu lieu à propos de la sé-

Digitized by Google

paration de corps, qu'il est dangereux de leur donner une nouvelle publicité, il répondait avec quelque raison que la publicité des débats est une garantie donnée aux justiciables, et que, pour en réprimer les abus, il suffisait de la disposition édictée par l'article 3 de la loi qui en interdit la reproduction.

Il ajoutait que le rôle de la chambre du conseil était dénaturé en devenant contentieux de gracieux qu'il était. MM. Denormandie et Allou répliquèrent que, déjà, et notamment dans les autorisations de femmes mariées, les débats en chambre du conseil comportaient l'introduction des avoués et des avocats.

Concluons de là que les débats auront lieu dans la même forme qu'à l'audience publique, seulement ils se produiront dans la chambre du conseil, compliqués du rapport du juge rapporteur.

32. Des incidents peuvent se produire. Il peut y avoir des fins de non-recevoir. Elles seront jugées comme en matière de séparation de corps.

Il peut aussi se produire une demande reconventionnelle du défendeur.

Si cette demande reconventionnelle est aussi une demande en conversion, la même procédure sera employée.

Si elle est basée sur des faits postérieurs à la séparation de corps, ou sur des faits antérieurs dont il n'a jamais été excipé, la demande est une demande principale en divorce, et la procédure, celle du divorce pour cause déterminée.

Le demandeur, s'il est attaqué à son propre domicile, différent de celui du défendeur, peut opposer une exception de connexité afin de faire juger les deux procès par le tribunal actuellement saisi (art. 171, C. pr. civ.). Mais le défendeur, dans son propre intérêt, fera bien de porter immédiatement son action devant ce tribunal; car s'il était condamné dans le procès qu'il soutient, le divorce pourrait être prononcé contre lui par l'officier de l'état civil, au cours du procès qu'il intente lui-même et qui, par suite, deviendrait inutile.

33. Le jugement sera rendu en audience publique (art. 310).

Supposons que la procédure a été préservée d'incidents; que contiendra-t-il? ou l'admission ou le rejet de la demande de conversion.

Digitized by Google

A notre avis il pourra même contenir une troisième solution, le renvoi des parties à une époque déterminée. C'est le seul moyen, sous l'empire de la loi actuelle, d'éviter les inconvénients que j'ai signalés sous le n° 23.

34. D'après la disposition spéciale de l'art. 131 C., pr. civ., on sait que, entre conjoints, les juges peuvent compenser dans tous les cas les dépens. (Cpr. n° 35).

35. De ce que le jugement accorde la conversion, il ne résulte pas que le divorce doive être prononcé contre le défendeur. Rappelons-nous qu'il s'agit ici purement et simplement de conversion. La rupture du lien conjugal doit donc être décidée au détriment de celui contre lequel avait été prononcé le relâchement. Par conséquent, si le demandeur en conversion est l'époux coupable, c'est contre lui que sera prononcé le jugement; donc, à moins que le juge n'ait des raisons pour ordonner la compensation, c'est encore lui qui doit être condamné aux dépens, car c'est par sa faute que la nouvelle procédure est devenue nécessaire.

De même, et ceci est très important, c'est au détriment de l'époux contre lequel a été prononcée la séparation de corps que s'opérera la révocation des avantages matrimoniaux, c'est lui qui est frappé de la déchéance édictée par l'art. 299 (Cpr. *Offi.*, 25 juin, Sénat, p. 1297; Cass. Belge, 24 mars 1865; Pasicrisie, 65. 1. 147; Botton et Lebon, p. 155 et suiv.).

36. Comment le jugement peut-il être attaqué? De la façon ordinaire, par l'opposition, l'appel et, quand le jugement est en dernier ressort, par la voie de cassation.

Cette décision ne peut être contestée que pour l'opposition. On peut être tenté de s'appuyer sur l'art. 265, C. civ., qui supprime l'opposition en première instance dans la procédure ordinaire du divorce. Mais nous croyons que les lacunes de notre titre de la séparation de corps doivent être plutôt comblées par des emprunts au Code de procédure qu'à la procédure toute particulière du divorce pour causes déterminées.

L'opposition présente des difficultés particulières dans le cas d'un jugement par défaut faute de comparaître. Elles naîtront de l'art. 158, C. pr. civ., mais comme ces difficultés se trouvent

Digitized by Google

aussi dans la procédure de divorce pour cause déterminée pour l'opposition qui a lieu en appel, nous n'en traiterons pas ici.

47. Même après que le jugement ne sera plus susceptible de ces voies de recours le divorce n'existera pas *de plano*, il faudra le faire prononcer par l'officier d'état civil (art. 264, C. civ.; Cpr. *Offi.* 8 juin 1884, Sénat, p. 1052).

Les questions que soulève la compétence de cet officier, l'observation des délais, la nullité de la prononciation trouveront mieux leur place dans une étude générale du divorce. Peut-être les aborderons-nous plus tard. SAINT-MARC.

DES PERSONNES MORALES.

par M. SAINCTELETTE [1].

INTRODUCTION.

Il semble que la théorie des êtres fictifs communément appelés personnes morales, doive, depuis longtemps, être fixée, car elle est toute de pure raison. Il n'en est rien. Peu de matières donnent lieu à de plus fréquents et plus opiniâtres débats. Et, ce n'est pas aux points secondaires qu'éclate la divergence des doctrines. Les principes invoqués sont contraires. Je consulte la jurisprudence belge; elle ne reconnaît à aucune personne morale d'autres ni plus amples attributions que celles qui lui viennent nécessairement de la loi spéciale dont elle tient l'existence. Je m'informe de l'enseignement des facultés françaises : on me met sous les yeux, une étude [2] où je lis « que le but de la fiction est l'assimilation aussi complète que possible à la personne ordinaire ». Comment expliquer un pareil écart? C'est qu'il s'agit de tout autre chose que d'une controverse philosophique.

Sous l'ancien régime, les personnes morales ou, comme l'on disait alors, les gens de main-morte étaient dans les mains des privilégiés, de puissants instruments de domination ou au moins d'influence. Le régime nouveau ne les veut employer ou tolérer

[1] Extrait d'un *Essai* sous presse.

[2] ARMAND HEISSER, *Etude sur les personnes morales en droit romain, dans l'ancien droit et en droit français moderne.* Paris, 1872, p. 157.

Digitized by Google

que dans la mesure où l'exige l'intérêt public. Ceux qui, plus ou moins consciemment, rêvent à quelque restauration partielle du vieux monde, ceux qui, dédaigneux ou mécontents des institutions modernes, cherchent quelque coin qu'ils puissent régenter à leur guise, ceux aussi, dont le génie condescend à entreprendre la régénération de l'humanité, tous ceux-là doivent vouloir et veulent la reconstitution d'*États* dans l'État. Mais quiconque croit que, malgré ses erreurs, ses fautes, ses crimes, la Révolution a réglé l'ordre social mieux qu'aucun des législateurs précédents, doit s'opposer avec la dernière énergie à tout retour, plus ou moins heureusement déguisé, des gens de main-morte.

Le conflit est donc non pas seulement d'idées, mais d'intérêts. La lutte est entre les politiques plus encore qu'entre les juristes. La passion y échauffe la raison. Aussi le combat est-il de chaque jour et la fortune en varie-t-elle souvent. De là, des positions confuses et l'utilité de revoir, de temps à autre, l'ensemble du champ de bataille.

C'est un constat de ce genre que j'entreprends ici.

Je rappellerai d'abord les principes du droit naturel. J'y comparerai les règles de quelques législations positives. J'indiquerai, en les discutant, les principales applications qu'en ont faites les magistratures belge, française et étrangères.

PRINCIPES DU DROIT NATUREL.

Avant de régler, il faut définir. Avant de définir, il faut analyser. Ce que nous étudions, qu'est-ce ? Quelqu'un ou quelque chose ?

Des soi-disant personnes morales dont on nous parle, la première, par la place comme par la part, c'est l'Etat [1]. Regardons travailler l'Etat.

L'Etat achète ou vend, donne ou prend à bail, loue des services, passe des marchés, contracte des emprunts, plaide, transige, fait, en somme, beaucoup d'actes *civils*. Qui parle et agit au nom de l'Etat ? — Le pouvoir *politique*. — Qui repré-

[1] J'emploie ici le mot ETAT comme terme de *Droit civil privé*, avec le sens que lui reconnait l'article 713 du Code de Napoléon.

Digitized by Google

sente le pouvoir politique ? — Quelque personne individuelle, investie d'une fonction politique.

Ne prenons pas des tropes pour des faits. Ne confondons pas l'outil avec l'ouvrier. Cet Etat dont, à plusieurs reprises, ont successivement joué les régimes politiques le plus contraires, cet Etat que, selon le jeu des événements, représentent les hommes les plus différents par l'esprit, la conscience, le caractère, il est insensible, indifférent, inerte, sans plus de résistance que d'initiative. Qu'a-t-il de commun avec l'être humain, ayant corps et âme, pensant, voulant, agissant ? Qu'a-t-il de la personne et de la personnalité ? Rien. Ce qui ne pense pas n'est pas.

C'est vraiment un malheur de langage d'appeler l'État une personne.

C'est une chose [1].

A quoi cette chose sert-elle ?

Pour nous en rendre compte, comparons les actes civils dans lesquels on rencontre le nom de l'État aux actes civils avenus entre personnes individuelles. Dans ceux-ci, le titulaire des droits civils, qu'il soit citoyen ou étranger, les exerce à son profit ; c'est lui qui en dispose, c'est à lui qu'en est acquis l'équivalent. Peu importe qu'il parle et agisse personnellement ou par un mandataire soit conventionnel soit légal ; car, alors c'est le mandat qu'il a donné ou qu'il est réputé avoir donné, qui constitue *en réalité* l'acte de disposition. Dans ceux-là, c'est le pouvoir politique qui exerce les droits civils ; c'est lui qui en dispose, c'est lui aussi qui en stipule l'équivalent. Mais le pouvoir politique est si peu le titulaire des droits civils exercés par lui, que ce serait, de la part de ceux qui le représentent, commettre un crime de s'en réserver ou de s'en faire attribuer le moindre fragment.

C'est de l'État que le pouvoir politique déclare vendre un bien, c'est à l'État qu'il fait compter les derniers empruntés. Cependant, le pouvoir agit de son chef, non comme mandataire. Autrement, il ne serait pas le pouvoir. Non-seulement, le pouvoir

[1] On dit très correctement dans le langage technique du Droit que les droits et les actions sont des *choses* incorporelles.

Digitized by Google

n'est pas l'agent de l'État, mais l'État n'influe en rien sur la création, l'organisation, l'action du pouvoir. On objectera peut-être que le pouvoir émane de la Nation. Mais l'État est autre que la Nation. L'État n'est pas plus une somme qu'une résultante. La fortune de la Nation, c'est le total de l'addition des fortunes individuelles; la fortune de l'État, c'est une fortune distincte, affectée à une fin spéciale, soustraite à l'action de tous comme à l'action de chacun.

Et maintenant, de ces biens qui ne sont plus aux particuliers et qui ne sont pas aux pouvoirs publics, quel est le propriétaire ? De ces droits quel est le titulaire? Le Code nous le dit : l'État.

Voici donc un titulaire de droits qui n'a mot à dire dans l'exercice de ses droits, qui n'en jouit pas, que l'on enrichit ou que l'on appauvrit, que l'on pare ou que l'on dépouille sans qu'il s'en doute. — Qu'est cela? — Une statue, j'ai failli dire un mannequin; en tous cas, un instrument.

Cet instrument immatériel est-il naturel ou factice, le résultat d'une découverte ou le résultat d'une invention ?

La société est, en termes d'histoire naturelle, une des lois de l'espèce humaine. Dieu a, *simul et semel*, fait l'homme personnel et sociable, à ce point qu'il ne nous est pas donné de concevoir une notion claire et précise de l'individu. Nos plus grands efforts en cette voie n'aboutissent qu'à nous figurer l'unité de la société humaine, c'est-à-dire l'homme vivant en société et tenant de la société les principales manières d'être de son tempérament physique (cerveau compris) et de sa constitution mentale. Quant à nous représenter des individus antérieurs et supérieurs à la société, dont celle-ci ne soit qu'une agrégation, cela nous est absolument impossible. Nous sommes radicalement impuissants à imaginer, et partant, à connaître un individu qui, physiquement, ne soit pas le produit des évolutions de sa race et qui, moralement, ne soit pas le résultat de quelque culture sociale [1].

La vie en société, si rudimentaire qu'on la suppose, a ses exigences comme la vie matérielle a les siennes. L'homme ne peut pas plus se soustraire aux unes qu'aux autres. Il n'est pas plus

[1] Voir un Essai très remarquable que vient de publier M. Francis Montague sous ce titre « *The limits of individual liberty* ». London-Rivingtons.

Digitized by Google

en notre puissance de vivre dans un état de désordre absolu que de vivre dans un milieu dépourvu d'air respirable.

Or il n'y a point de société humaine sans un pouvoir souverain, c'est-à-dire sans une volonté étrangère et supérieure à toutes les volontés individuelles. Cette volonté souveraine a des devoirs, elle doit avoir des droits; elle a des charges, il lui faut des ressources. Cet ensemble de devoirs et de droits, de charges et de ressources, constitue son patrimoine. A ce patrimoine, un axe est indispensable. Ainsi nous arrivons à pouvoir dire en toute exactitude : point de société humaine sans État.

En d'autres termes, l'État n'est pas une imagination de la raison, une fiction mesurée et calculée, que l'homme puisse, au gré de sa fantaisie, construire, modifier ou détruire. C'est un élément nécessaire de toute société humaine, c'est une condition non pas seulement du progrès, mais de l'existence de l'espèce. Il ne peut pas ne pas être. Il est de droit naturel.

Le droit naturel est la règle des plus vastes empires autant que des plus étroites cités, des civilisations compliquées aussi bien que de la barbarie. En de certaines situations, il peut être de bon gouvernement soit de localiser, soit de spécialiser quelques-uns des devoirs et des droits du pouvoir. Le droit naturel ne répugne pas à la division du travail. Les modes d'expression et d'action de la volonté souveraine lui importent peu. Il n'a, par conséquent, pas à dire ni à quelles autorités locales ou spéciales il convient de déléguer quelque partie des fonctions du gouvernement, ni s'il est utile d'ajouter à ces délégations la gestion de quelque part divise ou indivise du patrimoine social; ce sont questions d'époque, de lieu, de mœurs, d'état social, affaires contingentes abandonnées par Dieu au libre arbitre des hommes, matières de législation positive.

Mais ce que veut le droit naturel, c'est que le patrimoine social soit *un* comme le souverain, dont il n'est que le trésor. On ne peut pas plus concevoir deux États que deux souverains de droit; on ne peut pas plus admettre l'antagonisme systématique des diverses fractions du patrimoine social que le choc régulier des forces diverses du pouvoir. Si le patrimoine social peut, comme le pouvoir social, être distribué entre plusieurs éléments

Digitized by Google

distincts, c'est à la condition que patrimoines et pouvoirs restent dépendants du souverain. Autrement, ce serait le désordre organisé, l'anarchie légitime, monstruosité dont il est impossible à l'esprit humain de concevoir la notion.

L'Etat et ses dérivés ne sont, en droit naturel, des instruments nécessaires et partant légitimes, que pour autant qu'ils soient employés, sous la direction ou sous le contrôle du souverain, à la fin de toute société humaine, c'est-à-dire à l'amélioration de la personne individuelle par le progrès social.

Il suit de là que ne serait ni nécessaire ni légitime l'emploi que l'on ferait d'un dérivé de l'Etat pour contrarier le progrès social.

Il y a plus : tout membre d'une société humaine doit concourir au progrès social et ne peut l'entraver, doit aider le souverain de droit et ne peut le combattre. Il ne peut pas détruire comme individu ce qu'il a construit comme citoyen, assister de ses dons des œuvres incompatibles avec celles que soutiennent ses cotisations. Dieu n'a pas de volontés contradictoires et, dans le droit naturel comme dans la nature humaine, c'est l'harmonie qu'il a créée, non le chaos.

Il faut dénier aux personnes individuelles le droit naturel de fabriquer de soi-disant personnes morales, même pour un emploi strictement limité, même pour un usage rigoureusement contrôlé par le souverain, parce que, de deux choses l'une, ou la mission que les prétendus bienfaiteurs de l'humanité assignent à leurs fondations concerne le progrès social, et, alors, elle rentre dans la compétence de quelque service public dont il suffirait d'accroître la dotation, ou cette mission est étrangère au progrès social, et, alors, à tout le moins, la soi-disant personne morale n'est pas nécessaire. A qui n'a d'autres visées que d'améliorer l'état de son âme, il suffit de son patrimoine propre.

C'est donc au souverain de droit qu'il appartient de construire, en vue du progrès social, des dérivés de l'Etat.

Conclure autrement, ce serait déclarer légitime le combat de l'individu contre le souverain, consacrer l'absurde prétention de régler d'outre-tombe un monde qu'on n'a pas même entrevu, mettre le passé aux prises avec le présent, contredire ouverte-

Digitized by Google

ment les aspirations les plus énergiques de notre nature, les volontés les plus manifestes du Créateur.

Quel meilleur juge pourrait-on découvrir du progrès social que le souverain de droit? Qui peut mieux que la génération vivante connaître ses besoins et chercher les moyens de leur donner satisfaction.

Une génération ne peut assujettir à ses lois des générations futures. Les peuples comme les individus doivent rester maîtres de leurs destinées. Ils doivent pouvoir adapter leurs lois, leurs institutions, leurs méthodes, leurs ressources aux exigences de l'heure présente. Ils doivent conserver leur libre arbitre, parce que ce sont eux qui porteront la responsabilité de ce qu'ils auront fait.

Dieu n'a pas doué l'homme de la faculté de connaître l'avenir. La clairvoyance et la prévoyance, même dans la plus étroite et plus prochaine mesure, sont des dons très rares. La distance est grande des intentions aux faits accomplis. L'histoire prouve que les plus sages d'entre les grands hommes n'ont pas toujours voulu ce qu'ils se trouvent avoir produit, et, souvent, se trouvent avoir produit des résultats qu'ils n'ont pas voulus. Pour le pouvoir public en contact complet et constant avec la société, déjà la tâche est lourde de lire les faits contemporains et d'y aviser. Ce qu'un gouvernement ose à peine tenter de faire du jour au lendemain, quelle personne individuelle. si éclairée qu'on se la figure, pourrait prétendre à y réussir, à des siècles de distance, et pour des siècles.

C'est une impiété d'admettre que, de ce don de prescience lointaine refusé par Dieu à l'humanité, quelques-uns soient miraculeusement munis. A quels caractères d'ailleurs reconnaîtrait-on ces anges masqués? Dès lors, comment se justifierait, en droit naturel, le pouvoir attribué à l'individu de fonder, même de l'aveu et sous le contrôle du pouvoir politique, une institution immobile, invariable, inflexible, afin de servir une société mobile, changeante, en travail incessant de transformation. A ce compte, ce serait un droit naturel de créer des causes de conflits, de fomenter la discorde, de faire le mal sachant qu'on fait le mal, au moment même où l'on échappe à toute responsa-

Digitized by Google

bilité en ce monde. Cela serait absurde. Donc, cela n'est pas.

Mais, si mal raisonnée que soit, de la part des personnes individuelles, la prétention de fabriquer, de l'aveu du pouvoir et sous son contrôle, des dérivés de l'Etat, encore est-ce une idée saisissable, que l'on peut décomposer et discuter de point en point. Que faut-il penser de l'opinion qui réclame, pour les personnes individuelles, le droit de fabriquer librement de soi-disant personnes morales, ayant toute la compétence et la pleine capacité des êtres vivants.

Que veut-on ? — Il faut le dire en termes clairs et précis.

S'agit-il de revêtir des droits naturels de l'homme un mannequin décoré du nom pompeux, mais trompeur, d'être fictif ? A quel titre ? Les droits naturels sont, pour l'homme, les forces nécessaires à l'accomplissement de devoirs naturels. Ces devoirs, rigoureusement déduits de sa nature propre, l'homme les lit dans sa conscience ; il les apprécie en toute liberté ; volontairement, il les viole ou les respecte. Ces droits naturels, l'homme doit s'en servir personnellement aussi, il répond de l'usage qu'il en fait, il ne peut pas les abdiquer ; on ne peut point les lui arracher ; il en est saisi dès sa naissance, il n'en est dessaisi que par la mort. Que trouve-t-on dans le mannequin de semblable, d'analogue, d'équivalent à rien de tout cela ? Le mannequin n'a ni nature, ni devoirs, ni droits, ni lumières, ni forces, ni activité ni responsabilité.

Quel but poursuit-on ? On veut qu'après sa mort, l'homme soit, dans tout un ordre d'idées et de faits, comme s'il vivait. Est-ce assez chimérique, assez contraire à la nature, assez absurde [1] ?

Et pourquoi demande-t-on à la loi naturelle de reconnaître une prétention aussi contraire à la nature de l'homme ? — Pour faire le bien ? — Qui oserait le dire ?

La loi naturelle reconnaît à l'homme le droit de choisir entre le bien ou le mal, mais, pour gages du bon choix de l'homme

[1] « Eh quoi ! n'est-ce pas assez pour la société, des caprices et des passions des vivants ? Nous faut-il encore subir leurs caprices et leurs passions quand ils ne sont plus ? » MIRABEAU, Discours sur *l'égalité des partages* dans les successions en ligne directe.

Digitized by Google

elle a la conscience personnelle et la responsabilité personnelle, l'amour inné du bien, l'horreur raisonnée du mal. L'on veut que cette même loi naturelle reconnaisse à un soi-disant être fictif le droit de choisir entre le bien et le mal, mais quels gages lui offre-t-on ? — Où place-t-on la conscience personnelle du mannequin ? — Que peut bien être la responsabilité personnelle d'une chose ?

Voici une personne morale qui, dans la pensée secrète de son fondateur, devait, par l'une ou l'autre bonne œuvre, assurer la concorde et combattre pour l'ordre. Sous l'impulsion de quelqu'un de ses administrateurs successifs, elle vient à fomenter la discorde et à provoquer le désordre. Elle était destinée à faire le bien, elle fait, en réalité, le mal. Comment, suivant l'opinion que nous étudions, le droit naturel pourrait-il empêcher de pareilles perversions, puisque, par hypothèse, la construction et la circulation de ces soi-disant personnes morales doivent rester libres.

Prétendre pour la personne individuelle au droit naturel de créer, sans l'autorisation et en dehors du contrôle des pouvoirs politiques, des personnes morales ayant la compétence et la capacité des êtres vivants, c'est demander à pouvoir faire de la fantaisie dans la vie civile, c'est réclamer le droit de conspirer contre le souverain de droit sans devoir ni s'en cacher ni en rendre compte. C'est demander à être mis au-dessus des lois.

Je résume en quelques propositions ce qui vient d'être observé et décrit :

En droit naturel,

I. Les soi-disant personnes morales ne sont pas des personnes. Elles sont des choses.

II. Ces choses sont réputées faire fonctions de sujets de droits patrimoniaux.

III. Une seule de ces soi-disant personnes morales est nécessaire : l'État.

IV. Toute personne soi-disant morale, qui n'est pas l'Etat ou un dérivé de l'État, n'est point légitime.

V. La personne individuelle n'a pas le droit de fabriquer de soi-disant personnes morales, même pour un emploi strictement

Digitized by Google

limité, même pour un usage rigoureusement contrôlé par le souverain.

VI. Il est absurde de prétendre pour les soi-disant personnes morales à la libre autorité et à la pleine capacité des personnes physiques.

On reconnaît les soi-disant personnes morales à ces traits :

Être, dans l'ordre juridique, un simple instrument,

Y faire fonction de sujet de droits patrimoniaux,

Être construit et employé en vue du bien public par le souverain de droit.

Il semble qu'on puisse les définir : les sujets fictifs des droits patrimoniaux de la société ou de ses dérivés.

SAINCTELETTE.

DE L'IMPUTATION DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE SUR LA DURÉE DE LA PEINE,

Par M. Henri Pascaud, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry.

Parmi les réformes qui s'imposent en ce moment à l'attention du législateur, il en est une dont on ne saurait méconnaître l'importance, bien qu'elle ne figure pas dans le programme de la révision officielle du Code d'instruction criminelle. Nous voulons parler de l'imputation de la détention préventive sur la durée de la peine. Le gouvernement, préoccupé surtout des modifications à introduire dans la première partie de notre procédure pénale, a-t-il soit par oubli, soit exprès omis une réforme qui, selon lui, n'aurait pas été à sa place? S'est-il abstenu parce qu'elle lui semblait prématurée? C'est ce qu'il est difficile de savoir. Toujours est-il que la disposition nouvelle que nous réclamons pourrait parfaitement être inscrite dans le Code d'instruction criminelle, à l'imitation de quelques nations étrangères, et qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une révision du Code pénal pour qu'elle fasse à l'avenir partie de notre législation.

Il serait d'ailleurs profondément inexact de croire que l'imputation de l'emprisonnement préventif soit une mesure prématurément réclamée. Ce n'est pas d'aujourd'hui qu'on l'a demandée dans notre pays. Le caractère spécial de la détention préalable,

Digitized by Google

les conditions qui lui manquent pour être une peine, alors qu'une décision de justice peut très régulièrement les lui conférer par voie rétroactive, ne constituent pas de bien sérieuses objections contre la réforme proposée. D'ailleurs, l'exemple d'un certain nombre de nations qui nous ont devancés en matière de progrès démontre qu'en principe comme dans la pratique la modification dont s'agit n'a rien d'excessif, rien qui puisse compromettre la répression.

C'est en 1832, lors de la révision du Code pénal, que l'on a proposé pour la première fois de compter la détention préventive dans la durée de la peine. Mais cette réforme, trop large pour l'époque, ne put aboutir. On se borna à voter les articles 23 et 24 du Code pénal qui nous régissent encore. Ils sont ainsi conçus : « La durée des peines temporaires comptera du jour où la condamnation est devenue irrévocable. Néanmoins, à l'égard des condamnations prononcées contre les individus en état de détention préalable, la durée de la peine, si le condamné ne s'est pas pourvu, comptera du jour du jugement ou de l'arrêt, nonobstant l'appel ou le pourvoi du ministère public, et quel que soit le résultat de cet appel ou de ce pourvoi. Il en sera de même dans le cas où la peine aura été réduite sur l'appel ou le pourvoi du condamné. »

Dans la discussion M. Dumon avait ainsi défini la détention préventive : « L'emprisonnement préalable est un tribut que chacun paie à la sécurité de tous; l'innocent qu'une détention préalable a frappé ne peut obtenir aucune réparation. » L'emprisonnement préventif n'a certainement pas changé de caractère depuis cette époque en ce qui touche l'utilité d'une mesure dont l'intérêt social sainement compris exige l'application toutes les fois qu'elle est justifiée par sa nécessité. Mais on peut trouver que l'honorable député a formulé sa seconde proposition dans des termes excessifs. Plusieurs nations étrangères ont en effet admis tout récemment le principe d'une indemnité au profit des prévenus reconnus innocents soit par un jugement d'acquittement, soit par une ordonnance de non-lieu. Le Mexique, le Portugal, les cantons de Berne, de Fribourg, de Neuchâtel et de Vaud en Suisse sont entrés dans cette voie. Ces divers états ne se considèrent pas comme

Digitized by Google

grevés en principe d'une dette au profit des prévenus, mais bien comme soumis à l'obligation morale de leur accorder une réparation pour le préjudice qu'ils ont souffert, à la condition toutefois que l'innocence soit nettement établie et que la personne emprisonnée n'ait pas donné lieu, par ses agissements inconsidérés, aux poursuites dont elle a été l'objet. Nous n'avons pas à nous prononcer sur une question aussi délicate qui, depuis quelques années à peine, est passée du domaine de la théorie sur le terrain de la pratique. Mais nous avons dû la faire connaître au lecteur parce que l'une des principales objections formulées par certains esprits contre l'imputation de la détention préventive sur la durée des peines consiste précisément dans l'impossibilité logique où l'on est d'opérer la compensation dont s'agit au profit des condamnés, si en même temps on n'accorde pas aux innocents le bénéfice d'une indemnité, ce qui paraît à plusieurs criminalistes n'être pas possible dans l'application. L'exemple des peuples étrangers que nous avons cités prouve tout au moins que cette impossibilité est loin d'avoir le caractère absolu qu'on lui prête.

Mais en fût-il autrement, y eût-il lieu de renoncer pour jamais à l'espoir d'introduire dans notre pays les dispositions libérales dont le Portugal, le Mexique et une partie de la Suisse ont tenté l'application, que ce ne serait pas un motif pour repousser la réforme que nous proposons. Il n'y a en effet aucune connexité, aucune indivisibilité entre le principe de l'indemnité et l'imputation de l'emprisonnement préventif. Les deux questions ne sont pas inséparables et, dans cet ordre d'idées, la doctrine du « tout ou rien » n'est pas admissible. La répression pénale, à côté des avantages incontestables qu'elle procure à la société, produit des maux individuels par suite des mesures édictées contre quelques-uns dans l'intérêt de tous. Pourquoi donc, si l'on ne peut à la fois obvier à tous ces maux par le paiement d'une indemnité et la compensation de la détention préalable avec la peine, n'use-rait-on pas d'un remède partiel qui contribuera dans une proportion très-appréciable à l'amoindrissement des souffrances du condamné ?

Il y aurait d'ailleurs un étrange abus de raisonnement à se prévaloir de ce qu'au moins actuellement il n'est pas possible

Digitized by Google

d'allouer une indemnité aux prévenus reconnus innocents, pour refuser à tous les condamnés une réparation d'une autre nature qu'il est si aisé de leur accorder. Ce serait vouloir justifier une injustice par une impossibilité. Quels motifs si impérieux s'opposent donc à ce que la détention préventive soit imputée sur la durée de la peine? L'application de la disposition nouvelle que nous préconisons n'aura pas pour effet de paralyser l'action du ministère public et d'empêcher la recherche des infractions. Equitable dans son principe, elle est favorable à l'humanité et à la bonne administration de la justice, et par conséquent on ne peut que gagner à inscrire cette réforme dans nos lois.

Mais, dira-t-on, la détention préventive n'est pas une peine, et en tout cas c'est une peine bien moins sévère que l'emprisonnement ou les autres pénalités subies après la condamnation. On ne peut donc pas les mettre sur la même ligne, puisque dans cette dernière occurence, une discipline plus rigoureuse, parfois même l'obligation du travail constituent une notable aggravation du châtiment. Oui, sans doute, l'emprisonnement préalable n'a pas les caractères de la peine, car il n'est pas prononcé par jugement. C'est une main-mise du pouvoir judiciaire sur l'auteur présumé d'un crime ou d'un délit effectuée dans le but de l'empêcher de commettre une nouvelle infraction, qui, de plus, constitue une garantie contre toute tentative de fuite de sa part et enfin un moyen d'instruction propre à prévenir l'anéantissement des preuves et la subornation des témoins. Oui, encore, la détention préalable diffère de la peine proprement dite. Mais ces objections sont sans portée sérieuse sur la solution à intervenir.

Si la détention préalable n'est pas une peine dans l'acception ordinaire du mot, elle est du moins essentiellement afflictive. Pour ne pas être le résultat d'une condamnation, la privation de la liberté n'en atteint pas moins le détenu dans un des biens les plus précieux qui appartiennent à l'homme. Dès lors, si une décision judiciaire vient imprimer rétroactivement sous certaines conditions à l'emprisonnement préventif un caractère pénal, les principes de notre droit criminel seront-ils méconnus? Non certes : cette décision ne semble pas de nature à offusquer les plus scrupuleux criminalistes.

Digitized by Google

Il est vrai qu'entre la détention préalable, la réclusion et les travaux forcés, la différence est considérable. Dès lors, si l'on précompte sur la peine la durée de cette détention, il en résulte un amoindrissement dans la pénalité qui pourrait être contraire à l'intérêt social, une inégalité de traitement entre les divers condamnés qui pourrait sembler peu équitable. A cette objection, la réponse est facile. Plusieurs nations étrangères n'ont pas cru devoir se laisser arrêter par des considérations de cette nature. Néanmoins, il paraît plus philosophique et plus juste d'en tenir compte. Ce serait donc le cas d'admettre en principe que lorsque la prison préventive devra être imputée sur les peines des travaux forcés à temps et de la réclusion, on ne comptera que la moitié de sa durée. Pour les peines perpétuelles, la question, il n'est pas besoin d'insister sur ce point, ne peut même pas se poser.

Les Cours et tribunaux, prétend-on, prennent en considération la durée de l'emprisonnement préventif qu'ont eu à subir les prévenus et diminuent la rigueur de la condamnation. Y a-t-il lieu en conséquence de se préoccuper d'une situation que l'humanité des magistrats sait adoucir à propos? S'il en est ainsi, il n'y a aucun inconvénient à sanctionner par une disposition légale ce que la pratique a consacré. Les institutions et les lois présentent toujours plus de garanties que les hommes. Si au contraire, les choses ne se passent pas toujours et partout, dans les grandes villes notamment, de la façon que l'on dit, l'utilité de la mesure législative que nous appelons de tous nos vœux est indiscutable. Il pourra arriver que la pénalité prononcée sera absorbée entièrement par la durée de l'emprisonnement préalable. Cette hypothèse n'a rien qui puisse modifier notre conviction. Du moment où une détention préventive proportionnée au fait à réprimer aura été subie, on ne peut pas sérieusement soutenir que l'imputation aura pour effet d'énerver l'action répressive de notre système pénal. Peut-être au début les résultats produits sembleront-ils quelque peu insolites, mais n'en est-il pas de même pour toutes les réformes? Au bout d'un temps très court évidemment nos mœurs juridiques se trouveront en harmonie avec le progrès réalisé. Il ne faut donc pas attacher plus d'importance qu'elles n'en méritent à des objections de ce genre.

Digitized by Google

Les juridictions criminelles et correctionnelles doivent-elles conserver une certaine liberté d'appréciation en ce sens que dans chaque affaire l'imputation de la détention préventive sera l'objet d'un examen particulier, qu'un considérant spécial établira que la question a été discutée, et qu'elles auront la faculté de rejeter cette imputation en motivant leur décision? Ce système peut se soutenir; il a pour lui la pratique adoptée par plusieurs législations étrangères. Toutefois, quand ce ne serait que dans le but de combattre plus énergiquement les errements du passé, nous estimons qu'il est préférable d'admettre que la détention préventive sera de plein droit imputée sur la durée de la peine.

Il est cependant un cas où l'imputation devra être écartée. C'est celui où l'intérêt même du condamné exige qu'il en soit ainsi. Supposons, par exemple, qu'un homme ait été arrêté et poursuivi pour un délit de minime importance, pour un vol ou abus de confiance sans gravité. Cet individu a un passé irréprochable, d'excellents antécédents. Il appartient à une famille honorable. S'il n'avait pas subi de détention préventive, la juridiction correctionnelle n'aurait certainement pas eu la pensée de le condamner à l'emprisonnement et se serait bornée pour la première fois à lui infliger une simple amende. Devra-t-il être autrement parce que l'inculpé aura été détenu préventivement ? Assurément une telle solution est inadmissible, car la disposition favorable dont nous demandons l'introduction dans notre loi se retournerait contre le condamné lequel se verrait frappé par les incapacités civiles et civiques qui, dans certains cas, sont la conséquence forcée des peines d'emprisonnement. Le tribunal sera donc tenu, si le délit ne lui paraît comporter qu'une amende, de faire abstraction de la détention préalable en tant qu'élément de condamnation plus grave et de prononcer seulement une peine pécuniaire. Quant à la détention préventive, il sera obligé de la convertir en contrainte par corps applicable aux amende et frais dus par le prévenu. De cette manière, l'emprisonnement préalable n'acquerra pas le caractère pénal qu'il ne pourrait prendre qu'au préjudice du condamné et ce dernier aura l'avantage de se libérer ainsi en tout ou en partie du montant des condamnations pécuniaires qu'il a encourues.

Digitized by Google

C'est dans la patrie des Beccaria et des Filangieri que nous trouvons les premiers exemples de l'imputation de la détention préventive sur la durée des peines. Plusieurs des législations antérieures à l'unité italienne, le Code sarde (art. 62), le Code des Deux-Siciles (art. 57), le Code subalpin (art. 66) donnaient au juge la faculté de tenir compte de l'emprisonnement préalable dans la condamnation prononcée. En vertu du Code toscan, (art. 69 et 70) l'imputation avait lieu de plein de droit. Le projet de Code pénal italien que la question de la peine de mort tient en suspens depuis de longues années s'est inspiré de ces précédents. Selon que les peines sont correctionnelles ou criminelles, la détention préventive est précomptée dans son intégrité ou pour la moitié seulement de sa durée.

La Belgique, ce pays où nous pouvons aller chercher des modèles de libéralisme sage et pratique, a inscrit l'imputation de l'emprisonnement préalable dans son Code pénal de 1867; depuis dix-huit années, cette réforme est appliquée et nous ne sachons pas qu'elle ait donné lieu à des critiques. L'art. 30 est ainsi conçu : « Toute détention subie avant que la condamnation soit devenue irrévocable, par suite de l'infraction qui donne lieu à cette condamnation, sera imputée sur la durée des peines emportant privation de la liberté. »

Avant la constitution de l'empire allemand, presque toutes les législations des États secondaires de l'Allemagne, notamment les Codes de la Saxe, du Wurtemberg et de la Bavière prescrivaient l'imputation sur la durée de la condamnation de la détention préventive *subie sans nécessité*. Cette dernière condition par l'appréciation qu'elle abandonnait à la conscience du juge, donnait à la disposition un caractère presque facultatif. L'ancienne loi pénale prussienne ne contenait aucun texte sur ce point. Le nouveau Code pénal allemand de 1871 admet facultativement l'imputation. Aux termes de l'art. 60 : « La détention préventive pourra être imputée en tout ou en partie par le jugement de condamnation sur la peine prononcée. »

Le Code hongrois promulgué le 30 mai 1878 admet l'imputation de la détention préalable, mais avec des restrictions. Pour qu'il y ait lieu de la prononcer, il faut qu'il s'agisse d'une longue

Digitized by Google

détention et que cette détention ne résulte pas d'une faute du condamné.

La loi pénale du Luxembourg du 18 juin 1879 se prononce pour l'imputation obligatoire. L'art. 30 dispose que « toute détention subie avant que la condamnation ne soit devenue irrévocable est imputée sur la durée de la peine. »

Le Code pénal des Pays-Bas, en date du 3 mars 1881, dans son art. 27 se borne à donner au juge de la faculté d'imputer l'imprisonnement préventif sur la durée de la peine. « Il peut être ordonné, d'après le texte spécial à cette matière, que le temps passé par le condamné en prison préventive avant l'exécution du jugement comptera en tout ou en partie, en diminution de l'emprisonnement à temps et de la détention. »

Les projets du Code pénal du Japon et de la République argentine admettent l'obligation pour le juge d'ordonner l'imputation sous certaines conditions. Le premier de ces pays propose d'imputer la détention préventive sur toutes les peines privatives de liberté et temporaires : 1° jour pour jour ou mois pour mois, sur l'emprisonnement simple ; 2° pour trois quarts de la durée, sur l'emprisonnement avec travail ; 3° pour moitié de sa durée, sur les peines criminelles temporaires. » La proposition de loi présentée dans la République argentine s'exprime ainsi au sujet de la question : « Lorsqu'il y a eu détention préventive, elle devra être comptée dans le calcul de la peine prononcée à raison de trois jours pour un de travaux forcés, de deux pour un de réclusion et d'un par jour de prison. »

La Russie a toujours admis le système de l'imputation. Fidèle aux errements du passé, elle le maintient donc dans le projet de Code pénal actuellement en discussion, mais à titre facultatif seulement. Aux termes de l'art. 51 : « La détention préventive pourra être imputée sur la durée de la peine, lorsque le coupable sera condamné à la peine de la détention de six ans au plus, de la maison de correction, de la prison ou des arrêts. »

Ainsi l'imputation de la détention préalable sur la durée de la peine, qu'elle soit facultative ou obligatoire, est en vigueur chez les peuples qui, dans ces derniers temps, ont le plus amélioré leur législation. D'autres États se préparent à l'introduire dans

Digitized by Google

leurs lois pénales. N'est-ce point là une preuve que cette doctrine n'est pas seulement bonne en théorie, puisque transportée dans le domaine des faits, elle a, par son application même, démontré qu'elle pouvait sans péril recevoir une sanction légale chez les nations les plus civilisées. La France qui jadis devançait les autres pays dans la voie du progrès législatif ne voudra pas, nous en sommes convaincu, rester plus longtemps en arrière, alors qu'il s'agit d'adopter un principe favorable à la liberté individuelle, sans danger pour l'ordre public. Il y a donc lieu d'espérer que le gouvernement complètera à ce point de vue son projet de loi relatif au Code d'instruction criminelle, ou que le Parlement saisi par l'initiative d'un de ses membres, s'empressera de voter la réforme si équitable que nous préconisons.

H. PASCAUD.

DE L'ÉLÉMENT MORAL DANS LES INFRACTIONS NON INTENTIONNELLES,

Par M. A. Laborde, professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier.

A l'occasion d'un délit de douanes, la Cour de cassation vient de faire, sous une terminologie inexacte, l'application d'une idée très juste qui commence à se dégager dans les écrits des criminalistes et dans la jurisprudence. Cette idée est qu'il n'existe point d'infractions purement matérielles [1] ; que tous les manquements à la loi pénale, même ceux où l'intention de l'agent est indifférente, comportent un acte ou une abstention volontaire.

Voici, en peu de mots, quels sont les faits qui ont donné lieu à cette décision importante. Le 18 juillet 1882, en procédant à la visite des colis postaux arrivés d'Alger par un paquebot de la Compagnie Transatlantique, les employés de la douane de Port-Vendres découvrirent 125 grammes de tabac caché dans l'un des colis. Procès-verbal fut dressé et la Compagnie Transatlantique, ainsi que le sieur Croze, son agent, furent poursuivis. L'administration des douanes a successivement perdu son procès devant le tribunal correctionnel de Céret (jugement du 11 mai

[1] Cette expression se rencontre dans les lois du 15 avril 1871, art. 2-4° et du 19 déc. 1875 art. 5-8° : « Les infractions purement matérielles aux lois, décrets et règlements sur la Presse. »

Digitized by Google

1883, *la Loi*, 24 fév. 1884), devant la Cour de Montpellier (arrêt du 15 fév. 1884, *la Loi*, même numéro, *Gazette des tribunaux*, 30 mai), et devant la Cour de cassation (arrêt du 23 déc. 1884, *Gazette des tribvnaux*, 28 janv. 1885).

Le tribunal de Céret et la Cour de cassation ont cru voir dans l'espèce actuelle un cas de contrainte excluant l'imputabilité. On lit, en effet dans l'arrêt :

Attendu que si, de la combinaison des art. 1 du titre V de la loi du 22 août 1791, 29 de ce titre, 2 de la même loi, 41, 42 et 43 de la loi du 28 avril 1816 et 1 de la loi du 2 juin 1875, il résulte que tout transporteur d'objets de contrebande doit être réputé pénalement responsable de l'introduction de ces objets en France, cette responsabilité suppose nécessairement, de sa part, la liberté de vérifier le contenu de son chargement et de se refuser au transport d'objets prohibés à l'importation ; — Attendu, en effet, qu'aux termes de l'art. 64, C. P., applicable en toute matière pénale, il n'y a ni crime ni délit quand le prévenu a agi sous l'empire d'une contrainte à laquelle il n'a pu résister ; — Attendu..... que les compagnies de transport, chargées, au lieu et place de l'administration des postes, du transport des colis postaux, sont tenues de les recevoir soigneusement emballés, clos et cachetés, et de les transporter à destination dans un bref délai, déterminé par les règlements ; — Attendu que les conditions de régularité, de rapidité et de sûreté, que les différents textes ci-dessus visés ont eu pour but d'assurer à la circulation des colis postaux, mettent les compagnies de transport dans l'impossibilité légale de les ouvrir pour en vérifier le contenu, soit au moment où ils leur sont confiés, soit en cours de voyage ; que conséquemment lorsque les formalités relatives à l'expédition de ces colis ont été régulièrement remplies, les compagnies ne sauraient encourir aucune responsabilité pénale à raison d'objets de contrebande qu'un expéditeur aurait frauduleusement dissimulés sous la couverture d'un colis postal.

A notre avis cet arrêt est mal motivé. L'hypothèse de la contrainte, nous le démontrerons bientôt, diffère essentiellement de l'espèce actuelle. Ce n'est point cette cause de non imputabilité, mais le principe qu'elle suppose, dont il fallait faire ici l'application. La Cour de Montpellier l'avait parfaitement compris et elle avait cherché à dégager ce principe. On peut, en s'inspirant des termes de son arrêt, le formuler ainsi : *Toute infraction suppose au moins une faute*. Voici d'ailleurs les principaux motifs de cet arrêt :

Attendu qu'il s'agit de décider si l'art. 1, titre V, de la loi des 6-22 août 1791, qui punit le transporteur d'une marchandise prohibée, peut être appli-

Digitized by Google

qué à un tiers *auquel aucune faute personnelle n'est reprochée...* qui a agi en exécution d'une loi lui interdisant tout acte qui aurait pu le mettre à même de connaître le contenu des colis postaux ; — Attendu que les lois de 1791 et de l'an II, et généralement toutes celles qui en matière de douanes se sont occupées du transporteur, ne l'ont jamais considéré comme un agent fatalement responsable du fait d'autrui, *en dehors de toute imputation de faute qui lui fut propre ;* — Que, loin de là, ces lois ont toujours supposé que, quelle que fut son ignorance ou sa bonne foi, il avait à se reprocher, lorsqu'une marchandise prohibée lui avait été confiée, de ne l'avoir pas vérifiée et refusée, et, lorsqu'elle avait été subrepticement glissée dans son véhicule, de n'avoir pas exercé une surveillance suffisante pour pouvoir constater son introduction et s'en débarrasser ; — Que, quoique, sous ce rapport, ces lois aient poussé la responsabilité jusqu'à sa plus extrême limite, jamais..... elles n'ont créé une responsabilité fatale et obligatoire *à qui la faute pourrait faire défaut*[1].

Nous préférons de beaucoup cette manière d'envisager le procès. Elle lui laisse sa véritable physionomie. Quant au principe qui sert à résoudre la difficulté, c'est celui que nous avons énoncé au commencement de cet article; l'arrêt de Montpellier le formule seulement par l'une de ses conséquences. Sa formule théorique est celle-ci : « La *volonté* constitue une condition essentielle de l'imputabilité, quel que soit le délit. » Son exactitude nous paraît certaine. La loi pénale est un commandement qui s'adresse à des êtres raisonnables et libres, capables de *vouloir*. A la différence de certaines législations de l'antiquité, le droit pénal moderne ne régit ni les choses ni les animaux [2], mais seule-

[1] Le Code pénal de 1791 (Part. II, tit. II, sect. I, art. 1) faisait en termes exprès l'application de cette idée pour l'homicide involontaire : « En cas d'homicide commis involontairement, s'il est prouvé que c'est par un accident *qui ne soit l'effet d'aucune sorte de négligence, ni d'imprudence* de la part de celui qui l'a commis, il n'existe point de crime et il n'y a lieu de prononcer aucune peine, ni même aucune condamnation civile. »

[2] M. Tissot (*Le Droit Pénal étudié dans ses principes et dans les lois des différents peuples du monde*, 2e édit. I, p. 24 et s.) rapporte sur ce point des détails curieux empruntés aux lois de Zoroastre, de Moïse, de Dracon et de la Perse : Le bœuf homicide était lapidé; le chien hargneux subissait des mutilations successives et finissait par être condamné à mort. A Athènes un tribunal jugeait les pierres qui avaient tué un citoyen et les condamnait à être transportées hors du territoire de la République. On trouve des dispositions analogues dans les lois des Burgondes et des Alamans et même dans notre ancienne jurisprudence. Au XVe siècle, Guy Pape raconte qu'il a

Digitized by Google

ment les personnes, et, parmi les personnes qui transgressent ses commandements, elle ne considère point comme coupables celles qui n'ont pas eu, au moment de l'action ou de l'abstention défendue, l'intelligence pour comprendre le commandement, et la liberté pour lui obéir. Toutes les causes qui détruisent l'un de ces deux facteurs de la volonté, réduisent la violation de la loi à une violation purement matérielle, dont on ne peut demander compte à l'agent pour lui en faire subir les conséquences. L'imputabilité est détruite. L'infraction, dans le sens technique du mot n'existe pas.

Les art. 64 et 66, C. P., appliquent ce principe dans trois situations, où, soit l'intelligence, soit la liberté de l'agent ont manqué absolument, ou bien ont été incomplètes; mais ces articles ne le formulent point. Il est donc inexact, ainsi que l'a fait la Cour de cassation, de présenter l'art. 64 comme s'appli-

vu un porc pendu aux fourches patibulaires de Châlons pour avoir tué un enfant. Le procès au cadavre, aboli par le décret du 21 janv. 1790 (art. 4), ne parait pas, à son origine, étranger à cette idée que les choses ou les animaux peuvent délinquer. Aujourd'hui on ne les considère même plus comme pouvant être les sujets passifs du délit. La loi Grammont (L. 2 juillet 1850), qui réprime les mauvais traitements exercés publiquement et abusivement sur des animaux domestiques, se place à un tout autre point de vue que la protection de ces animaux. Le droit pénal ne concerne donc que les personnes ; mais concerne-t-il également les personnes physiques et les personnes morales? La question est encore controversée. Sans doute les personnes morales peuvent être victimes de certains délits, puisqu'elles ont un patrimoine ; mais peuvent-elles délinquer? La négative, soutenue déjà dans l'ancienne jurisprudence par Damhouder (*Praxis rerum crim.*, C. XXIV, n° 2), compte dans la doctrine moderne de nombreux partisans : Ortolan, I, 491 et s., Haus, I, 266, Garraud, 2e édit., 60, etc. Les art 64 et 66, C. P., fournissent un puissant argument en faveur de cette opinion qui nous parait bonne. — *Junge* sur les procès faits « *aux bestes brutes et aux choses inanimées* », Ayrault, *De l'Ordre, formalité et instruction judiciaires*, liv. I, part. I, n. 25, 26 ; Berryat Saint-Prix, *Rapports et recherches sur les procès faits aux animaux*, 1829 ; L. Ménabréa, *De l'origine, de la forme et de l'esprit des jugements rendus au moyen-âge contre les animaux*, 1846 ; Duméril, *Les animaux et les lois* (*Rev. génér. du droit*, 1880, p. 144) ; P. Croos, *Procès faits aux animaux, la France judiciaire*, 1880, p. 417) ; Lacassagne, *La criminalité chez les animaux* (*Rev. scientifique*, 1882, t. XXIX, p. 34); E. Ferri, *Le uccisioni criminose tra gli animali* (Rome, 1883).

Digitized by Google

quant directement à l'espèce actuelle. Il peut être invoqué seulement par analogie. Le choix de la contrainte, dont l'arrêt a cru voir ici un cas, est surtout sujet à critique. L'hypothèse, où se rencontre cette cause de non imputabilité, est en effet celle d'une personne commettant *sciemment* un fait défendu par la loi pénale, mais sous l'empire d'une force à laquelle elle n'a pu résister. L'agent a l'intelligence; mais il n'a point sa liberté. Tout autre est l'espèce actuelle : le prévenu *ignorait* qu'il transportait du tabac. Il a accompli *inconsciemment* le fait matériel du délit comme certains aliénés qui agissent machinalement, sans se rendre compte de la matérialité de l'acte qu'ils accomplissent, on pourrait dire de lui qu'il n'a pas eu l'intelligence quant au délit et le comparer au dément, mais non à la victime de la contrainte. Et cependant, nous le répétons, ce serait faire une simple comparaison, car l'espèce actuelle diffère aussi de l'hypothèse de la démence. C'est un cas d'*ignorance de fait tombant sur l'élément matériel du délit.* L'art. 64, C. P., fournit sans doute un argument d'analogie; mais il ne reçoit point ici une application directe. C'est seulement son principe qu'il convenait d'appliquer.

Il semble que la Cour de cassation n'ait point osé formuler ce principe, puisqu'elle en déguise l'application sous l'étiquette de la contrainte. Pourquoi ce respect exagéré du texte, comme si le texte contenait toute la pensée du législateur et qu'il ne fut permis de ne rien voir au-delà? L'interprétation est permise en droit pénal toutes les fois qu'elle est favorable au prévenu. On peut rechercher les principes généraux, que les textes révèlent, pour écarter les rigueurs qu'entraînerait l'application littérale de certaines dispositions.

En affirmant d'ailleurs le principe qu'elle appliquait, la Cour de cassation n'aurait fait que formuler une conclusion qui se dégage de sa jurisprudence sur les causes de non imputabilité. Elle étend en effet aux contraventions le moyen de défense tiré de la démence, de la contrainte ou du défaut de discernement, malgré le texte des art. 64 et 66 qui ne parlent que des crimes et des délits. (*Voy.* les arrêts dans Blanche, II, 201, 213, 342 et s. *junge*, Cass. 20 fév. 1860, 9 avril 1875, 17 fév. 1876, 1er fév. 1877, 18 nov. et 28 juil. 1881). Cette extension suppose bien que les

Digitized by Google

contraventions ne sont point des infractions purement matérielles. Admettre, en effet, qu'en matière de contravention l'imputabilité cesse si la volonté de l'agent a été supprimée par la démence, la contrainte ou le défaut de discernement, c'est admettre implicitement que la contravention n'existe point sans un acte ou une abstention volontaire [1]. La volonté est donc un élément essentiel pour toutes les infractions, même pour celles qu'on appelle vulgairement des infractions matérielles. Voilà l'idée nouvelle qui se dégage de la jurisprudence et qui sert de base, en doctrine, à la distinction de l'*élément moral* et de l'*intention*. Cette distinction, bien que sentie et admise en principe par les auteurs les plus récents [2], n'a peut-être pas encore trouvé sa véritable formule. Nous aurions été heureux de voir la Cour de cassation apporter son contingent aux recherches de la science.

L'élément moral et l'intention nous paraissent être deux applications différentes de la volonté. Le premier est la volonté appliquée au fait ou à l'abstention qui constitue l'élément matériel du délit. La seconde est la volonté appliquée à la violation de la loi par le moyen de ce fait ou de cette abstention. En d'autres termes l'élément moral est la volonté d'accomplir le fait, l'intention est celle de violer la loi.

L'intention est présumée dans les délits non intentionnels; voilà pourquoi l'on dit que dans ces délits elle est indifférente. La loi y punit *la faute*, c'est-à-dire la négligence, l'imprudence

[1] Des législations étrangères postérieures à la nôtre ont adopté cette généralisation. C. P. Belge de 1867, art. 71 : « Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait. » — C. P. Allemand de 1870, art. 51 : « Il n'y a pas d'acte punissable, lorsque son auteur était, lors de la perpétration de cet acte, privé de connaissance ou dans un état mental qui excluait le libre exercice de sa volonté. » — C. P. des Pays-Bas de 1881, art. 37 : « Quiconque commet un fait qui ne peut lui être imputé, à cause du développement incomplet ou du trouble maladif de son intelligence, n'est pas punissable. » — Art. 40 : « N'est pas punissable celui qui commet un acte auquel il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

[2] Villey, *La France judiciaire*, 1876, I, 1; Haus, *Principes de droit pénal belge*, 3e édit., 1879, I, 292, 293, 714; Lainé, *Traité élém. de Dr. crim.*, 1880, nos 196-207; Garraud, *Précis de droit criminel*, 2e édit., 1885, no 125.

Digitized by Google

le défaut de précaution ou de prévoyance qui ont amené, ou qui étaient susceptibles d'amener une lésion. Dans les délits intentionnels, au contraire, la preuve que l'agent a voulu violer la loi doit être rapportée. Elle est faite dès qu'on établit qu'il a voulu l'acte défendu, sachant qu'il était défendu. La présomption, que *nul n'est censé ignorer la loi pénale,* simplifie beaucoup cette preuve.

Appliquons ces principes à l'espèce actuelle. Les délits de douanes appartiennent à la catégorie des infractions non intentionnelles. On n'avait donc pas à rechercher si le prévenu savait que les colis postaux, qu'il introduisait en France, contenaient des marchandises sujettes aux droits; c'eût été se demander s'il avait voulu violer la loi, s'il avait eu l'intention; mais il fallait rechercher si l'ignorance de fait, dans laquelle il était resté relativement au contenu des colis postaux, devait lui être imputée à faute, si on pouvait à cet égard lui reprocher une négligence ou un défaut de prévoyance. Supposons, qu'ayant un moyen de vérification, il eut négligé de s'en servir, on aurait présumé que l'introduction du tabac était de sa part un acte volontaire et le délit de douanes lui eut été imputable. Que si, au contraire, ce moyen de vérification n'était pas en son pouvoir, il devait être relaxé. La question se trouvant résolue en fait dans ce dernier sens, la solution de l'arrêt est très exacte.

La distinction de l'élément moral et de l'intention, dont nous voyons ici une application, a été souvent obscurcie par le sens un peu vague de cette dornière expression. Tantôt on la prend, comme nous l'avons fait, dans le sens de *volonté de violer la loi;* tantôt dans le sens de *volonté d'atteindre un but par la violation de la loi.* Certains auteurs comparent l'intention, dans le premier sens, à la cause finale de l'obligation; c'est le but immédiat et apparent du délit. Dans le second sens ils la comparent au motif de l'obligation; c'est, disent-ils, le but éloigné et secret de l'infraction [1]. Or, de même que la loi civile ne tient pas compte en général du motif de l'obligation, de même la loi pénale néglige habituellement le motif du délit et considère que l'infraction est complète, dès que l'agent, en accomplissant le fait matériel du

[1] Garraud, *op. cit.*, n° 146.

Digitized by Google

délit, a eu la volonté de violer la loi. Ce double sens du mot intention trouble souvent ceux qui cherchent à distinguer l'intention de l'élément moral. La présomption, que nul n'est censé ignorer la loi pénale, favorise en outre cette confusion. Supposons, en effet, un de ces délits incriminés sans égard au *motif* de l'agent. Dès qu'il est prouvé que le prévenu a agi volontairement, on présume qu'il a su que le fait était défendu et par conséquent qu'il a voulu violer la loi. Mais, il faut bien le remarquer, la volonté de violer la loi résulte d'une présomption, tandis que la preuve que le fait ou l'omission a été volontaire doit être rapportée. C'est à ce critérium qu'on reconnaîtra toujours les deux applications différentes de la volonté. Maintenant si l'on suppose un de ces délits où l'incrimination dépend de l'illégitimité du motif de l'agent, la distinction de l'élément moral est bien plus facile. La volonté d'accomplir un acte se distingue en effet très nettement de la volonté d'atteindre un certain but au moyen de cet acte. Or, puisque la loi incrimine dans ces délits le but poursuivi, vouloir le résultat, sera l'intention.

Il nous reste à indiquer les conséquences pratiques qu'on peut espérer de cette distinction de l'élément moral et de l'intention.

La première, elle est déjà acquise, c'est l'extension à toutes les infractions des trois causes de non imputabilité admises pour les crimes et les délits par les art. 64 et 66, C. P. Plus d'hésitation à l'égard des infractions non intentionnelles (délits non intentionnels prévus par le Code pénal, contraventions de police, infractions aux lois spéciales, qui existent en général indépendamment de toute intention) : la démence, la contrainte, le défaut de discernement deviennent des causes de non imputabilité applicables en toute matière pénale.

Le principe d'où dérivent ces trois causes de non imputabilité une fois dégagé, on en fera des applications nouvelles. La théorie de l'ignorance et de l'erreur en matière pénale prendra ainsi une extension que semble lui refuser l'adage : « nul n'est censé ignorer la loi. [1] » On ne peut nier, par exemple, en thèse abstraite,

[1] On peut lire dans Haus, I, 704 et s., une remarquable réfutation de ce brocart. Il se produit depuis quelque temps parmi les hommes de science

Digitized by Google

que la connaissance de la loi pénale ne soit nécessaire pour rendre un fait imputable. Comment désobéirait-on *volontairement* à un commandement qu'on ignore? Il ne s'agit donc que de trouver l'hypothèse, où, les procédés habituellement employés pour publier la loi, n'ayant pas produit leur effet normal, l'ignorance de la loi pénale pourra être justement invoquée comme cause de non imputabilité. L'art. 4 du décret du 5 novembre 1870, qui paraît restreindre l'exception d'ignorance aux contraventions commises dans le délai de trois jours francs à partir du jour où la loi nouvelle est devenue obligatoire, n'enchaînera plus les tribunaux. Dès qu'il sera démontré qu'un événement extraordinaire, tel que l'interruption des communications par suite d'une inondation ou d'une guerre, un voyage à l'étranger, une maladie grave qui supprime toutes les relations sociales, etc., etc., aura empêché matériellement le prévenu de connaître une loi nouvelle, les infractions qu'il aura commises à cette loi, sous l'empire de cette ignorance, ne lui seront point imputables.

A l'égard des étrangers, qui, arrivés depuis très peu de temps sur notre territoire, y commettraient un de ces faits uniquement réprimés par la loi pénale française (*delicta propria civitatis*), ignorant l'existence de la prohibition, on admettra aussi une cause de non imputabilité, tirée de leur ignorance de la loi pénale. Il faut bien leur donner le temps de s'instruire.

L'ignorance et l'erreur de fait, portant sur l'élément matériel du délit, devront être considérées comme des causes de non imputabilité quelle que soit l'infraction. L'agent ne peut en effet être réputé avoir voulu le fait matériel du délit, s'il a ignoré l'avoir accompli [1], ou s'il l'a accompli croyant en accomplir un autre [2]. La formule théorique est donc exacte, mais dans son application elle comporte un certain tempérament pour

une réaction salutaire contre l'usage des brocarts, dont a abusé l'ancienne scolastique. Généralement les vérités qu'ils énoncent n'ont rien d'absolu.

[1] Par exemple dans l'espèce actuelle.

[2] Tel serait le cas d'un homme, qui, voulant reprendre sa chose injustement retenue par autrui, soustrairait la chose d'un autre ; — ou bien le cas d'un acteur, qui, dans une scène où il doit tirer un coup de feu sur un personnage, tuerait son camarade avec un pistolet qu'on lui aurait remis chargé à balle, au lieu d'être chargé à poudre.

Digitized by Google

les délits où la loi punit la faute. Dans ces infractions non intentionnelles l'ignorance et l'erreur de fait ne pourront être considérées comme des causes de non imputabilité, que si elles ne sont pas elles-mêmes imputables à l'agent, c'est-à-dire si elles ne sont point le résultat de sa négligence ou de son imprudence. Mais cela ne signifie point que dans ces infractions on ne tienne pas compte de la volonté. Qu'on examine en effet la cause d'où résulte l'ignorance ou l'erreur et l'on verra que cette cause est toujours une imprudence ou une négligence *volontaire*, étroitement liée à l'ignorance ou à l'erreur qu'elle engendre, comme celle-ci est liée au fait ou à l'abstention constitutive du délit. — On a commis le fait du délit par ignorance ou par erreur. — On était dans cette erreur ou dans cette ignorance, parce qu'on avait négligé telle précaution. — Mais pourquoi avait-on négligé cette précaution? Était-ce parce qu'on n'avait *pas voulu*, ou parce qu'on n'avait *pas pu* la prendre [1]? Toute la question est là. On remonte toujours ainsi à un acte ou à une abstention, qui doit être volontaire pour rendre le délit imputable. A vrai dire, dans ces délits où la loi punit la faute, l'infraction consiste plutôt dans l'imprudence ou dans la négligeuce de l'agent que dans le fait ou l'abstention, qui en est résulté. Avoir voulu cette imprudence ou cette négligence, c'est avoir voulu le fait du délit et par conséquent avoir l'élément moral de l'infraction.

La distinction des deux applications de la volonté étant bien comprise, on admettra sans difficulté dans les délits de douanes, les causes de non imputabilité résultant du défaut d'élément moral, malgré la disposition, souvent mal comprise, de la loi du 9 floréal an VII, art. 16 : « *Il est expressément défendu aux juges d'excuser les contrevenants sur l'intention.* » Ce texte ne signi-

[1] L'agent, qui prétend n'avoir pas pu accomplir les actes qui l'auraient empêché de se tromper, rapporte certainement cette preuve s'il démontre que ces actes lui étaient légalement interdits ; mais pourrait-il se contenter de prouver qu'il s'est heurté à une impossibilité de fait? La jurisprudence en matière de douanes est tellement sévère, qu'elle semble exclure cette dernière preuve. Cependant cette distinction entre les obstacles de droit et les obstacles de fait n'aurait ici rien de juridique. Ce qui rend l'ignorance ou l'erreur non imputable, c'est l'impossibilité où a été l'agent de la dissiper. Qu'importe dès lors la cause de cette impossibilité!

Digitized by Google

fie point que les délits de douanes sont des infractions purement matérielles; il exclut seulement une des applications de la volonté.

Cette distinction facilitera enfin l'application de la théorie de la complicité aux délits non intentionnels. La complicité suppose « un concert entre plusieurs individus ayant un projet commun et se réunissant dans l'*intention* de le réaliser. » Cela n'exclut-il pas la possibilité de trouver des complices d'un délit non intentionnel, d'un homicide involontaire, par exemple [1] ? Cependant l'art. 59 du C. pénal formule la théorie de la complicité pour les crimes et les délits sans aucune rectriction, et, rien que dans le Code pénal, on trouve jusqu'à vingt-huit délits non intentionnels [2]. Faudra-t-il donc admettre que ces délits constituent autant d'exceptions aux dispositions de l'art. 59 ? — Nous ne le pensons point. Les conditions générales de l'imputabilité, au nombre desquelles sont l'élément moral et l'intention, ne changent point à raison de cette circonstance, que le délit est l'œuvre de plusieurs délinquants, au lieu d'être l'œuvre d'un seul; ou à raison de celle-ci, que la participation des uns a été principale et celle des autres, accessoire. Il suffira donc d'appliquer à la volonté de participer accessoirement, élément essentiel de la culpabilité du complice, la distinction de l'élément moral et de l'intention que nous avons dégagée à propos de la volonté, élément essentiel de la culpabilité de l'agent unique de l'infraction. Dans les délits intentionnels on exigera la volonté de participer accessoirement à la violation de la loi ou au résultat que l'auteur du délit se proposait d'atteindre. Dans les délits non intentionnels on se contentera d'exiger la volonté de participer accessoirement au fait qui a été la cause du délit. Et comme dans ces dernières infractions la loi punit la faute, l'acte accessoire relevé comme fait de complicité sera punissable aux deux conditions suivantes : 1° S'il se lie au délit (sinon il n'y aurait point de participation); 2° Si

[1] On lit dans le *Précis de Droit criminel* de M. Garraud, 2e édit., n° 292 : « Les infractions non intentionnelles admettent difficilement la participation de complices. » Voy. aussi dans l'arrêt de la Cour de cass. 18 janvier 1867, J. Pal. 1867, 978, le rapport de M. le conseiller du Bodan.

[2] Perrot de Chezelles, *Rev. critique*, tome XIV, p. 70.

Digitized by Google

l'agent de qui il émane a, relativement à cet acte, une imprudence ou une négligence à se reprocher.

Par application de ces principes, on considérera comme complice de l'homicide involontaire le maître, qui a donné au cocher qui le conduit, l'ordre de pousser ses chevaux dont l'allure rapide a causé l'accident; — le père, qui a fait tirer à son fils, mineur de seize ans, un coup de fusil dans un lieu public; — le loueur de chevaux qui a confié un cheval trop vif à un individu qu'il savait incapable de le maîtriser. — De même sera réputé complice de l'incendie involontaire, le maire d'une commune qui aura permis de tirer imprudemment un feu d'artifice à proximité d'habitations couvertes de chaume, qui ont été incendiées, etc., etc.

Dans les législations étrangères la théorie de la complicité n'est guère admise que pour les infractions intentionnelles [1]. Mais les faits sus-énoncés n'échappent point pour celà à la répression : on punit comme coauteur celui que notre législation atteint comme complice. Ainsi l'on considère comme auteur intellectuel de l'infraction, le complice par provocation qui a fait naître la résolution criminelle chez l'agent. On classe parmi les auteurs matériels le complice par aide et assistance dans les faits qui l'ont simplement préparée ou facilitée, pourvu que, dans cette seconde hypothèse, l'intervention du tiers ait été nécessaire à la perpétration du crime [2].

Jusqu'à ces derniers temps, la jurisprudence a hésité beaucoup à appliquer les règles de la complicité aux infractions non intentionnelles. La question s'était surtout présentée à l'occasion des infractions que les lois spéciales punissent de peines correctionnelles. Pendant longtemps la Cour de cassation, les considérant comme des contraventions, a déclaré que la théorie de la complicité ne leur était pas applicable [3]. Plus tard elle a puni la complicité dans celles de ces infractions qui supposent

[1] Voy. la jurisp. belge dans Haus, I, 496, note 12. — Comp. C. pénal des Pays-Bas (1881) art. 52.

[2] Voy. C. pénal belge art. 66, Haus, I, 506 ; — Voy. aussi sur ce point l'analyse de la législation pénale de l'Allemagne, de Genève, de Russie, du Mexique dans Lanfranc de Panthou, *Étude de législat. comparée*, p. 217 et s., (Paris 1878), et le C. pénal des Pays-Bas, art. 47.

[3] Dalloz, Code Pénal annoté, art. 59-60, nos 36-53.

Digitized by Google

l'intention et a maintenu son ancienne jurisprudence pour celles qui l'excluent [1]. Cette distinction avait été proposée par M. Blanche (II, 70). Enfin dans les motifs d'un arrêt du 28 février 1885 [2], elle adopte sans restriction la théorie généralement enseignée à l'école, savoir : que toute infraction punie de peines correctionnelles, même par une loi spéciale, est un délit correctionnel, et comporte, par suite, l'application des règles de la complicité [3].

A. LABORDE.

BIBLIOGRAPHIE.

ÉTUDE SUR LA CONDITION PRIVÉE DE LA FEMME DANS LE DROIT ANCIEN ET MODERNE, ET EN PARTICULIER SUR LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN, SUIVI DU CARACTÈRE DE LA DOT EN DROIT ROMAIN ET DE LA CONDITION DE L'ENFANT NATUREL ET DE LA CONCUBINE DANS LA LÉGISLATION ROMAINE.

Par M. Paul Gide, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Deuxième édition avec une notice biographique, des additions et des notes [4],

Par M. A. Esmein, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Compte-rendu par M. Hauriou,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.

Voilà une deuxième édition qui sera saluée avec plaisir. Non seulement la première était épuisée depuis longtemps, mais l'œuvre de Gide elle-même avait besoin d'être mise au courant; à notre époque d'activité scientifique et législative, c'est le sort commun de tous les travaux qui reposent sur l'érudition et sur la législation comparée, ils vieillissent vite, non pas dans leurs

[1] Cass. 23 juin 1883 (Aff. Bontoux).

[2] *Gaz. des trib.*, 2-3 mars 1885.

[3] Voy. sur les variations de la jurisprudence relativement à la qualification des infractions punies de peines correctionnelles par les lois spéciales, l'analyse qu'en a faite notre savant collègue M. Desjardins, *suprà*, p. 81-91.

[4] 1 vol. in-8, Paris, Larose et Forcel, 1885.

Digitized by Google

grandes lignes quand ils sont bien faits, mais dans leurs petits détails. Depuis la publication du traité *sur la condition privée de la femme* quelques documents avaient été découverts, quelques lois nouvelles avaient été faites, il y avait lieu d'en tenir compte et cela nécessitait une révision. Nul mieux que M. Esmein n'était capable de procéder à cette révision, préparé qu'il y était, tant par ses études générales sur l'histoire du droit que par des études spéciales où, lui aussi, s'est occupé de la condition de la femme.

Ce travail de révision était considérable, car l'œuvre de Gide dont le titre est trop modeste touche en réalité, grâce aux généralisations qui sont en tête de chaque chapitre, à l'histoire du Droit Romain et du Droit Grec et à celle de tous les Droits de l'Europe moderne. Objet d'une portée immense qui fait le mérite inappréciable de l'œuvre, mais qui faisait en même temps la difficulté et le péril de la tâche de l'éditeur.

Vingt pages d'additions à la fin des chapitres et de nombreuses notes dissimulées au bas des pages témoignent des lacunes qu'il y avait à combler. Inutile de dire que ces lacunes sont comblées de la façon la plus heureuse : je citerai surtout l'addition relative à la famille primitive, page 30, et celle relative aux récentes modifications de la législation anglaise, page 259. Mais ce qui est plus précieux peut-être encore pour le lecteur, c'est la certitude que ces lacunes ainsi comblées sont les seules, et qu'il peut désormais en toute sécurité se servir de l'ouvrage révisé. De cela, l'érudition si sûre de M. Esmein lui est un fidèle garant.

Fort à point pour le critique cependant, M. Esmein a fait deux légères omissions. Il n'indique ni l'art. 6 de la loi du 9 avril 1881 sur l'épargne postale qui autorise la femme mariée, quel que soit son régime matrimonial, à se faire ouvrir un livret et à retirer les sommes déposées sans l'assistance de son mari, ni l'art. 230 du Code civil tel qu'il a été rétabli par la loi du 29 juillet 1884 sur le divorce, article qui permet à la femme de se déclarer offensée par l'adultère du mari dans les conditions mêmes où le mari peut se déclarer offensé par l'adultère de la femme. Ces deux dispositions législatives sont bien l'indice d'une tendance à établir le plus possible l'égalité entre l'homme et la femme dans le

Digitized by Google

mariage, et à ce titre elles méritaient d'être signalées. La seconde surtout semble répondre à un curieux mouvement d'opinion sur lequel nous eussions été heureux d'avoir l'avis du savant éditeur. On paraît ne plus faire attention aux conséquences de la faute, qui sont plus graves du côté de la femme, et ne voir que le manquement à la foi jurée, qui est le même des deux côtés. Sauf cette bien légère réserve nous n'avons que des éloges à faire et nous remercions très sincèrement M. Esmein de nous avoir rendu un instrument de travail aussi précieux que le livre de Gide.

M. Esmein ne s'est pas borné, du reste, à son travail de révision, il nous a donné une substantielle biographie de Paul Gide dans laquelle fidèle à la seule vraie méthode, il s'attache pour mieux nous mettre à même de juger l'homme, à retracer le milieu dans lequel celui-ci a vécu.

Enfin, il a eu l'excellente idée de joindre à l'étude sur *la condition privée de la femme*, deux autres études qui ont avec elle la plus étroite parenté : l'étude sur le *caractère de la dot* et celle sur la *condition de l'enfant naturel et de la concubine*.

En sorte que maintenant, le meilleur de l'œuvre de Gide tient dans ces deux livres sortis de la même maison, semblables d'aspect et de taille, le livre de la *condition de la femme* et le livre de la *novation*; c'est peu comme volume, mais aussi quelle qualité! Je l'avoue, dans ces travaux pourtant si savants, ce qui me frappe surtout c'est la perfection de la forme. Je crois que c'est par là qu'ils vivront. Les travaux qui ne sont que savants ont leur mérite, mais les idées qu'ils contiennent sont bien vite pillées par les nouveaux venus et au bout d'un certain temps on ne les lit plus parce qu'ils ont cessé d'être utiles. On lit toujours les ouvrages élégants parce qu'ils font toujours plaisir.

Chez Gide, les phrases sont si harmonieusement cadencées que des pages entières pourraient être insérées dans une anthologie des prosateurs contemporains; les idées sont si artistement combinées, les vues générales sont tellement dominantes que de simples fragments prennent l'envergure d'un système d'histoire du Droit; il y a tant d'aperçus ingénieux et originaux que l'intérêt qui s'éveille dès le début, s'accroît jusqu'à la fin. On lira

Digitized by Google

longtemps ses ouvrages et cette seconde édition ne sera point la dernière.

Dans l'école historique qui compte déjà tant de noms illustres sur la liste des morts, il est des noms qui rappellent des talents plus puissants, il n'en est pas qui en rappellent de plus charmants. Gide, en véritable artiste qu'il était, avait une pointe de fantaisie, il ne sera pas l'oracle de l'école, mais il restera certainement le plus séduisant apôtre des idées qu'elle défend. — Est-ce d'une façon tout à fait accidentelle que dans la notice biographique le nom de M. Renan s'est trouvé sous la plume de M. Esmein, ou bien n'y aurait-il pas là une association d'idées plus profonde qui serait l'ébauche d'un rapprochement ?

M. HAURIOU.

NOUVEAU RÉPERTOIRE ENCYCLOPÉDIQUE ET RAISONNÉ DE DROIT CIVIL ET DE DROIT NOTARIAL.

DISPOSITIONS ENTRE-VIFS ET TESTAMENTAIRES [1],

Par M. A. GENEBRIER.

Compte-rendu par M. Georges LEBRET, agrégé à la Faculté de droit de Caen.

M. Génébrier, avec la collaboration de plusieurs jurisconsultes, a entrepris la publication d'un nouveau répertoire de droit civil, destiné spécialement au notariat. C'est pour cela, sans doute, qu'il a cru devoir ajouter aux mots droit civil, ceux de : *droit notarial.* L'expression me semble peu conforme au langage ordinaire du droit; le notariat n'a pas un droit propre; il a pour mission de dresser des actes destinés à relater les conventions des parties, à constater des faits, à donner l'existence à certains contrats solennels; mais il ne fait en somme qu'appliquer le droit civil. J'aurais donc préféré les mots de : *pratique notariale.*

Quoi qu'il en soit, ce nouveau répertoire peut rendre de grands services à la pratique. Mais je crois qu'il n'atteindra ce but qu'à deux conditions, la première qu'il réalisera certainement, de ne pas dépasser une certaine étendue ; la seconde, qui

[1] 1re partie, *Testaments.*

Digitized by Google

me semble avoir été négligée, d'offrir à côté d'un exposé net et complet, un choix de formules pour les différents actes. C'est de cette union constante du précepte et de l'exemple qu'est né le succès du Dictionnaire du notariat, de l'Encyclopédie du notariat, et des excellents traités élémentaires de MM. Edouard Clerc et Defrénois. Il y aurait danger pour le nouveau répertoire à leur laisser cet avantage.

Le seul volume paru jusqu'ici est consacré aux testaments; il forme la première partie d'un traité qui embrassera les dispositions entre-vifs et testamentaires. Je regrette que l'auteur n'ait pas, suivant l'ordre même du Code civil, commencé par les dispositions entre-vifs, et fait en une seule fois l'exposé des règles relatives aux différents modes de dispositions à titre gratuit et à la capacité de disposer et de recevoir. En procédant ainsi, il aurait évité de nombreuses redites qui s'imposeront à lui quand il traitera spécialement des donations; du reste, ce défaut de méthode se trahit à chaque pas, par les renvois qu'il est obligé de faire à son futur traité des donations.

Je reconnais d'ailleurs que, prise en elle-même, la matière des testaments est traitée avec soin. Les divisions du livre sont claires et méthodiques; elles laissent l'impression d'un plan nettement conçu et bien exécuté. Aussi, les recherches sont-elles très faciles même pour une personne peu versée dans les difficultés du droit. En outre des renvois fréquents aux auteurs et à la jurisprudence permettent d'étudier de plus près les questions difficiles ou controversées. Enfin un index alphabétique placé en tête de l'ouvrage renvoie sur chaque point particulier à l'endroit précis où il est traité. GEORGES LEBRET.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE COMMERCIALE

(Année judiciaire 1883-1884),

Par M. E. THALLER, professeur à la Faculté de droit de Lyon.

Les procès commerciaux remuent en général des intérêts pécuniaires bien supérieurs à ceux des litiges civils. Le petit commerce se retire insensiblement devant les sociétés qui brassent les affaires en grand. On attend les jugements avec anxiété dans le public, parce qu'ils décideront indirectement du sort de maintes fortunes particulières, engagées dans les mêmes difficultés. En saisissant la justice de l'examen d'une espèce nouvelle, les syndics et liquidateurs cherchent à créer un précédent qui les guidera ensuite dans leur travail de comptabilité et leur permettra dans l'expression de leurs revendications de tenir un langage plus ferme. C'est assez dire qu'on retrouve sous les arrêts rendus et qu'on devinerait au besoin les agitations qui ont, à une époque donnée, troublé la richesse du pays. La jurisprudence commerciale offre à cet égard une grande puissance de coloris, elle fixe et burine aux diverses périodes l'état social et économique. Lorsqu'on voit se presser sur les rôles des tribunaux les causes de nullités ou de faillites de sociétés, les demandes en paiement du non-versé contre les actionnaires, les procès de bourse, comme cela a lieu depuis trois ans, on peut conclure avec certitude, sans même consulter le marché, à une débâcle produite par des excès de spéculation.

Le lecteur demande du nouveau : il ne faut pas remplir une revue doctrinale d'espèces qui lui ont déjà été présentées dans des comptes-rendus antérieurs. Et cependant les questions nouvelles n'arrivent pas d'emblée à leur maturité : les signaler lors de leur apparition et s'en tenir là, ce serait abandonner une culture aux premiers bourgeons. Reprises par une juridiction supérieure, examinées sous un angle précédemment négligé, des théories défendues à la première heure se consolident ou voient

Digitized by Google

au contraire céder leur fondement. Pour répondre à cette double exigence de signaler du neuf, et de suivre les thèses qui n'étaient les années passées qu'en voie de formation, nous nous proposons de rappeler, en tête de notre examen, certaines affaires déjà consignées dans les derniers tomes de la *Revue*, à seule fin de rechercher ce que ces affaires sont devenues en appel ou en cassation. Au reste, ce droit que nous nous accordons, afin de ne pas limiter à l'excès notre horizon visuel, nous comptons bien n'en user qu'avec discrétion, renvoyant le lecteur pour chaque espèce aux examens doctrinaux passés où l'affaire a déjà été analysée.

I. — Questions antérieures traitées a un nouveau degré de juridiction.

1. *Survivance à l'action publique de l'action en responsabilité contre les fondateurs d'une société par actions.* Civ. cass. 4 juin 1883, *J. d. Pal.* 84, 252. — 2. *Légalité des actions mixtes, partie apport, partie numéraire.* Crim. cass. 15 février 1884, *J. d. P.* 84, 471. — 3. *Droit des obligataires d'une société dissoute à une sûreté.* Caen, 16 août 1882, *J. d. P.* 83, 681. — 4. *Suites d'une augmentation irrégulière de capital dans une société par actions, ventes à l'émission.* Paris, 2 mars 1883, *J. d. Soc.* 83, 226. — 5. *Négociation d'actions d'une société nulle.* Lyon, 22 janvier 1884, *J. d. P.* 84, 316. — 6. *De la preuve dans les marchés traités par coulissiers.* Civ. cass. 29 mai 1883, *J. d. P.* 84, 264. — 7. *Des maisons de prêt sur gage non autorisées.* Crim. rej. 24 janvier 1884, *J. d. P.* 84, 584.

1. L'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 4 juin 1883 est enfin venu donner raison à l'opinion, contestée par certains arrêts de Cours, d'après laquelle l'action en responsabilité contre les fondateurs d'une société anonyme, basée sur l'inobservation de la loi de 1867, n'est pas soumise à la prescription triennale de l'art. 638, C. Inst. cr. Elle survit à l'extinction de l'action publique : les personnes responsables, quoique désormais à l'abri d'une poursuite correctionnelle, demeurent sous le coup des demandes en dommages-intérêts pour nullité de la société. La Cour dit fort bien que la responsabilité découle des textes de la loi de 1867 et des dispositions du Code civil au titre du mandat. Car les fondateurs ont agi comme mandataires de la collectivité des actionnaires et sont recherchés pour avoir mal exécuté ce mandat. La poursuite des parties lésées a donc sa source dans les stipulations d'un contrat distinct du délit, ne se

Digitized by Google

confondant pas avec lui. C'est la thèse que nous avons jadis défendue (notre *Rev.* 83, 336).

2. M. Rataud a autrefois soumis avec sa haute compétence à nos lecteurs l'hypothèse des actions mixtes (1882, p. 215). On entend par là des actions délivrées en échange d'apports en nature dûment vérifiés, mais dans lesquelles la valeur de ces apports n'entre que pour partie, pour un quart par exemple, l'actionnaire devant éventuellement verser en argent les trois quarts restants, sur le même pied que les actionnaires en numéraire. La Cour de Paris avait, à plusieurs reprises, réprouvé cette combinaison comme violant l'art. 1er de la loi de 1867, qui prescrit sur chaque action le versement préalable du quart. Si le titre est mixte, disait-elle, le quart de la fraction-argent du titre, des trois quarts par hypothèse, doit être lors de la constitution versé par l'apporteur, en sus de son apport même ; sinon la société est nulle.

Ce problème complexe, dont les éléments ne se joignent dans l'esprit que moyennant un certain effort, a été exploré par la Chambre criminelle avec une puissance de pénétration qui ne laisse plus place à de nouvelles recherches. Sur les conclusions conformes du procureur général, elle a admis la validité de l'action mixte au 15 février 1884. — Les considérants commencent par contester cette proposition formulée dans l'arrêt attaqué, à savoir que l'action d'apport doit être intégralement libérée dès le début : aucun texte n'exige cette libération *ab initio*. Puis, passant à la thèse émise par les juges de Paris de la décomposition nécessaire de l'action mixte (libération totale de l'apport, libération à concurrence du quart du complément en numéraire), ils font justice de la théorie, en raisonnant ainsi : l'article 1er gouverne toutes les actions, et, en prescrivant un versement préalable, ne demande que l'exécution préalable de la *prestation* même promise par l'actionnaire, dans la mesure d'un quart. Or l'action mixte satisfait à cette condition.

L'argumentation aurait marché dans une voie plus sûre, en s'inspirant des idées exprimées naguère par M. Lyon-Caen (note sous Paris, 18 février 1881. *J. d. P.* 81, 561), et que l'honorable

Digitized by Google

M. Barbier s'était appropriées à son tour dans ses conclusions. Une action d'apport dûment vérifiée peut toujours, pour la justification de sa légalité, être ramenée à une action d'espèces libérée par le jeu de la compensation. Le titulaire verse d'abord 125 fr., puis fait à la société un apport ferme de 125 fr. Sitôt cet apport approuvé, conformément à l'art. 4, la somme lui est remboursée. Il est plus simple de l'exonérer d'un versement inutile. — Il aurait mieux valu raisonner ainsi que d'étendre l'obligation du versement du quart, — qui dit *versement* suppose une dette d'argent, — à des actions d'apport, pour lesquelles on conçoit à la rigueur que *toute* prestation soit légalement différée (promesse de marchandises à livrer).

N'importe, la loi laisse à désirer. Non pas parce que la société manquera du fonds de roulement qui lui semblait acquis, car ce fonds de roulement peut être absolument indifférent à la prospérité de l'entreprise; mais parce que les tiers seront privés des garanties qu'ils espéraient. Lorsqu'on annonce un capital déterminé, sans que les statuts et les prospectus démarquent l'argent et les apports, les créanciers croient le fonds social composé exclusivement d'espèces : or il va se trouver que des apports d'une valeur problématique en couvrent une partie à leur insu.

3. La question des droits des obligataires d'une société de chemin de fer qui cède son réseau à l'État avant l'expiration de la concession, question traitée également dans la *Revue* par M. Rataud (1882, p. 212), nous fait remonter d'une année en arrière. L'arrêt de Rennes, qui avait condamné la société à consigner une somme suffisante pour assurer le service à venir des obligations, ayant été cassé par la Chambre civile, l'affaire avait été renvoyée à la Cour de Caen. Celle-ci statua au 16 août 1882, en faveur des obligataires et dans le sens de la constitution d'une sûreté.

L'arrêt ne prétend pas contredire la thèse admise en cassation. Dans l'intervalle la société s'était dissoute et mise en liquidation. C'est cet événement, d'après les magistrats de Caen, qui rend les créanciers à terme de la société recevables à exiger, sinon le remboursement immédiat, du moins l'emploi de fonds destinés à assurer pour l'avenir l'exécution des obligations contractées.

Digitized by Google

Nous voulons bien l'admettre, mais à condition que la thèse soit motivée. L'arrêt de Caen ne l'est pas. La matière des liquidations de sociétés n'est malheureusement pas réglementée dans nos lois. On ne peut appliquer l'art. 1188 sur la déchéance du terme : la société n'est pas en faillite, et, la créance étant chirographaire, il est inexact que des sûretés promises aient été retirées. Simple réflexion : ne convenait-il pas de faire appel aux règles des successions bénéficiaires? Dans les deux cas, la personne débitrice est morte et on procède à la liquidation de son patrimoine. Or il ressort de plusieurs textes (808, Civ., 990 et 991, Pr. civ.) que, dans le cas de bénéfice d'inventaire, les droits des créanciers se déterminent suivant les dispositions des contributions ou ordres après saisie. Dans une contribution, apparemment le créancier à terme peut produire, sauf à n'obtenir qu'une consignation. Ainsi doit-il en être dans une liquidation de société, quand vient le moment de distribuer les deniers.

4. C'est au 2 mars 1883 que la Cour de Paris s'est prononcée sur les questions de diverse nature soulevées par l'augmentation irrégulière du capital de l'*Union générale*. Son arrêt est une confirmation, sur nouveaux motifs, des décisions rendues par les premiers juges. Nous rappelons les deux principales difficultés du procès (notre *Rev.* 1883, 307).

Les souscripteurs d'actions nouvelles, arguant du défaut d'observation de la loi de 1867 (versement du quart, etc.), lors de l'augmentation du capital, peuvent-ils produire dans la faillite de la société, à l'effet de reprendre leurs versements? — La Cour, sans s'attacher à la controverse portant sur le renouvellement des règles constitutives à chaque élévation subséquente de capital, et acceptant d'idée de la création d'une société nouvelle, dans l'espèce, lors de l'augmentation, fait intervenir les art. 7 et 41 de la loi de 1867 : la nullité de la société étant inopposable aux tiers, aux créanciers, les versements peuvent être retenus par la faillite. — Nous persistons à croire exacte cette opinion, défendue par un éminent avocat dans le procès, tout en réservant le point de savoir si c'était bien le cas de l'appliquer : la *nullité* de l'art. 7, non opposable aux tiers, suppose une faute, si minime qu'elle

Digitized by Google

soit, des souscripteurs eux-mêmes, qui n'ont pas ou ont mal contrôlé les agissements des fondateurs, soit en examinant les pièces à la légère dans l'assemblée de vérification, soit en acceptant par apathie que cette assemblée n'ait point lieu. On conçoit, à côté de cette nullité, une véritable *inexistence* de la société, quand la faillite vient interrompre la période constitutive sans que les souscripteurs soient en faute, et alors il convient de donner à ceux-ci le droit de reprise de leurs fonds.

Les souscripteurs qui, dans l'intervalle compris entre l'augmentation du capital et la faillite, ont vendu les actions nouvelles « à l'émission », c'est-à-dire en reportant l'exécution du marché au jour où les certificats négociables seraient délivrés, peuvent-ils maintenant exiger du siège social la livraison de ces certificats, et de leurs acheteurs l'accomplissement des prestations convenues ? — La Cour décide avec raison qu'une émission de certificats serait incompatible avec la nullité de l'augmentation de capital. Or les marchés litigieux étant subordonnés à cette émission, la condition vient à défaillir et les vendeurs sont sans action contre leurs acheteurs. La Cour aurait pu s'en tenir là ; mais, fortifiant sa thèse au moyen d'une argumentation que le ministère public avait remarquablement développée, elle prend texte de l'art. 2 de la loi de 1867 : « les actions ne sont pas négociables avant le versement du quart ». Cette prohibition, sans frapper les valeurs d'une indisponibilité absolue, en atteint la négociation qui se ferait commercialement en Bourse ou dans les coulisses de la Bourse, et emporte comme sanction la peine de la nullité absolue. La vente à l'émission était donc par elle-même nulle.

5. Nous avons, il y a deux ans, parlé des négociations d'actions d'une société contraire à la loi de 1867, conclues non pas pendant la période de constitution, mais *après cette constitution irrégulière*. La nullité de la société une fois prononcée, les acheteurs sont-ils recevables à plaider contre leurs vendeurs soit l'inefficacité des marchés, soit la garantie, de manière à répéter leurs fonds ou à ne point payer le prix encore dû ?

Situation qui demande à être soigneusement distinguée de la

Digitized by Google

précédente, où les négociations avaient eu lieu *pendant* la période de formation elle-même. — La Cour de Lyon a, suivant arrêt du 22 janvier 1884, débouté les acheteurs de cette prétention, et confirmé par là la thèse du respect des conventions, admise déjà par toutes les juridictions commerciales de son ressort. Le tribunal civil de Lyon qui, en 1883, avait accepté la même doctrine, a opéré depuis un revirement, comme le démontrent ses jugements des 5 janvier 1884 et 31 janvier 1885 (*J. des Soc.*, 84, 240 et 85, 193) : il se trouve aujourd'hui en opposition manifeste de sentiments avec la Cour. Nous n'abandonnerons pas, pour notre part, le système de la validité que nous avons défendu ici-même (1883, p. 319).

Si l'art. 2 de la loi de 1867 trouvait dans l'espèce son champ d'application, comme continue à le croire le tribunal civil, les acheteurs devraient avoir gain de cause. En vain plusieurs auteurs, en tête desquels il convient de citer M. Lyon-Caen, (note sous l'arrêt de Lyon, *J. d. P.*, 84, 316), et plusieurs jugements consulaires, répondent-ils que la défense de négocier, édictée par ce texte, a pour sanction des peines correctionnelles (art. 14), et non la nullité du marché. Cette appréciation, à laquelle on vient de voir que la Cour de Paris ne s'est pas associée dans l'affaire de l'*Union générale*, a contre elle la rédaction même de l'art. 2 : les actions ne sont pas *négociables*, elles n'ont pas la qualité intrinsèque requise pour la négociation, elles sont frappées d'une indisponibilité d'un certain genre. La loi ne se contente pas de dire : il est défendu de négocier ; sa formule est bien plus énergique. Que penserait M. Lyon-Caen d'une opinion qui, en présence d'un texte déclarant tel bien *inaliénable*, soutiendrait néanmoins que la vente est valable, parce que la loi ne l'a pas expressément déclarée nulle ?

La Cour dit avec raison que l'art. 2 est hors de propos : elle fait découler historiquement cette disposition d'une loi du 15 juillet 1845 sur les compagnies de chemins de fer, qui défendait seulement de négocier les titres avant la constitution *de fait* de la société (art. 8, al. 1, cbn. avec art. 10). Le décret d'autorisation, qui opérait alors cette constitution, a été remplacé en 1867 par certaines formalités, telles que la déclaration des fondateurs

Digitized by Google

devant notaire et l'assemblée de vérification. Après l'observation desdites formes, les certificats d'actions circuleront valablement. Les vices de fond n'empêchent pas que les tiers aient manqué de tout moyen d'investigation pour savoir si les conditions légales avaient été réalisées. Nier la validité du trafic des actions, punir les trafiquants suivant l'art. 14, serait plus que de la rigueur. Si le titre accuse par ses mentions l'oubli des règles constitutives, le non versement du quart par exemple, la loi frappe, mais non hors de là. La déduction nous paraît heureuse.

Les moyens de nullité tirés des dispositions du Code civil n'ont pas eu meilleure fortune. — On a éliminé les art. 1108, 1110, 1601, 1693, en disant que la nullité de la société prononcée après les négociations ne fait pas disparaître rétroactivement l'association (voir pourtant en sens contraire, Paris, 28 mai 1884, *J. d. Soc.*, 84, 428) : l'action, matière de l'engagement, existait donc bien au moment où la convention a été conclue. — Restait le moyen déduit de la théorie des vices rédhibitoires (art. 1641 et suiv.) : l'acheteur n'aurait pas traité, s'il avait su l'action affectée du vice qui a été ultérieurement révélé. La Cour a écarté ce moyen par des raisons de fait; ce qui est à certains égards regrettable, car d'autres acheteurs se trouveront dans une situation de fait différente, et l'on aurait porté à la cause de la nullité un coup plus rude, en statuant en droit contre la prétention elle-même, dégagée des circonstances de l'espèce. L'acheteur était un spéculateur qui se souciait peu de la validité de la société, comptant revendre à la hausse, et la révélation du vice ne l'aurait pas empêché de traiter. D'ailleurs ce n'était pas l'irrégularité de fondation qui avait avili les actions, la société étant tombée avant la découverte de cette irrégularité, etc. — Pourquoi n'avoir pas affirmé hautement cette idée que les négociations de bourse contiennent toujours une clause sous entendue de *non-garantie*?

6. Les juridictions, appelées à statuer sur les procès de Bourse et les difficultés soulevées par le ministère des coulissiers, auront désormais pour les guider un arrêt de la Cour de cassation (29 mai 1883). L'office du coulissier n'est pas illicite, si, au lieu d'opérer lui-même, il recourt à son tour à un agent de change.

Digitized by Google

Dans un procès de preuve entre le coulissier et son client, la Cour suprême décide que c'est au coulissier de démontrer qu'il a employé l'entremise d'un agent du parquet, et non au client à établir qu'on s'est passé de cette entremise. Il nous semblait bien que telle était l'opinion destinée à triompher (notre *Rev.* 1883, 368).

7. La Cour de cassation éprouve un certain embarras à concilier avec les exigences du commerce l'art. 411 du C. pén., qui punit l'ouverture *sans autorisation légale* d'une maison de prêts sur gage et ne semble pas avoir été abrogé par les lois subséquentes. Embarras bien naturel : eh quoi, des lois de 1858 et de 1863 s'attachent à vulgariser le gage au commerce, encouragent le négociant, momentanément gêné, à déposer sa marchandise en magasin général, afin de pouvoir emprunter plus aisément sur elle quand elle aura pris la forme d'un warrant; et ces prêts, que le magasin général n'aurait pu d'ailleurs lui consentir de 1858 à 1870, un établissement de crédit ne sera pas recevable à les lui faire, à moins d'être administrativement autorisé! Ce serait pour le moins étrange! — Si le pourvoi contre l'arrêt de Paris, rapporté par M. Lyon-Caen l'an dernier (1884, 325), a été rejeté par la Chambre criminelle (24 janvier 1884), c'est parce qu'il résultait des termes de cet arrêt que le prêteur avait l'habitude de faire crédit à des gens du monde, ou à des personnes sans surface, cherchant dans l'impignoration de marchandises quelconques un moyen de dissipations. Mais la Cour régulatrice se défend de vouloir porter atteinte à la liberté de la banque, quand il s'agit d'un crédit sérieux et d'opérations loyales.

S'il existe réellement une démarcation juridique à établir entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, voici probablement le *criterium* : la loi frappe le fait de s'offrir *à tout venant* comme prêteur sur gage, sans examen de la solvabilité personnelle de l'homme; les relations basées sur la confiance et les correspondances d'affaires sont entièrement licites.

Digitized by Google

II. — Questions nouvelles.

§ 1er. — *Sociétés.*

1. *L'obligation de l'actionnaire, celle de l'administrateur envers la société de commerce sont-elles commerciales?* Paris, 21 mai 1884, *J. d. Soc.* 84, 505.

Il résulterait d'un certain nombre de documents judiciaires de ces dernières années, que les engagements se rattachant au fonctionnement d'une société de commerce et portant soit sur les souscriptions des actionnaires, soit sur les devoirs des administrateurs ou membres du conseil de surveillance, auraient eux-mêmes le caractère *commercial*. Cette doctrine doit être fortement enracinée dans l'esprit des magistrats de Paris. Depuis le tribunal civil de la Seine se déclarant incompétent au 28 août 1881 (*Journ. des Soc.* 84, 530), pour cause de commercialité, sur la demande en paiement du non-versé dirigée contre des souscripteurs d'actions, jusqu'à la Cour de Paris qui rejette, au 21 mai 1884, par le motif identique, l'exception d'incompétence d'une mère tutrice assignée aux mêmes fins du chef de ses enfants mineurs, cette thèse se déroule à travers plusieurs décisions.

Entre temps se place le jugement du tribunal civil de la Seine du 8 décembre 1881 (*Journ. des Soc.* 85, 46), qui traite de *commercial* le mandat donné aux administrateurs d'une société, et le procès en responsabilité auquel ce mandat donne lieu (Voir encore pareille thèse formulée par la Cour de Poitiers au 16 août 1883, *Journ. des Soc.* 84, 657, à l'égard des commissaires de surveillance).

Toutes ces décisions sont dans la vérité pratique, en tant qu'elles posent une règle commune de compétence : actionnaires, administrateurs et commissaires sont justiciables du tribunal de commerce, du moins quand l'action dirigée contre eux a le caractère social. Mais il n'est pas besoin, pour obtenir ce résultat, de faire entrer en scène la disposition d'après laquelle le tribunal de commerce connaît des actes de commerce entre toutes personnes (631, 3o). Ce sont deux autres cas de compétence des tribunaux consulaires qu'il convient ici d'appliquer. D'une part, depuis la suppression de l'arbitrage forcé en 1856, les juges de commerce ont vu leurs attributions s'augmenter des procès entre associés

Digitized by Google

pour raison d'une société de commerce (631, 2°) : on ne refusera pas aux actionnaires la qualité d'associés. D'autre part, l'art. 634-1° défère aux mêmes tribunaux les procès contre les facteurs ou préposés des commerçants, pour le fait du trafic auquel ils sont attachés : la relation existant entre la société et le personnel de ses représentants est absolument celle d'un commerçant et de ses préposés.

Ce qui nous paraît inexact, c'est le fait de considérer la dette de l'actionnaire, ou le mandat des administrateurs, comme des actes de commerce dans leur *nature intrinsèque*. Il serait plus juste de reconnaître que la loi a investi les tribunaux de commerce de certains litiges d'ordre civil, au nombre desquels figurent précisément ceux-ci. L'énumération des actes de commerce est donnée par les art. 632 et 633, il n'est pas permis de l'étendre, et ces textes ne mentionnent ni la souscription d'actions, ni le mandat consistant à faire le commerce au nom d'autrui, parmi les opérations commerciales. On incline bien vers une doctrine qui transmettrait le caractère de la société par une sorte de vertu de contact aux liens s'établissant autour d'elle, quand ces liens sont indispensables à son existence et à sa mise en œuvre. Mais il serait dangereux de reculer ainsi les limites de la commercialité au moyen d'un raisonnement sans appui dans la loi. Si le propre du commerce est la spéculation, c'est-à-dire le fait de courir les risques indéterminés d'un trafic, la précaution que l'on prend, en resserrant d'avance les risques courus dans la mesure de sa mise, doit enlever à l'opération la marque commerciale. S'il suffit de prêter son concours à une entreprise de commerce pour passer sous la coupe du droit commercial, le cercle des actes de commerce va s'élargir démesurément, et tous les engagements de commis et d'ouvriers demanderont à figurer dans la nomenclature.

Dans celle des affaires précédemment relatées soumise à la Cour de Paris, l'inconvénient de l'interprétation extensive apparaissait clairement. Il s'agissait d'une tutrice qui avait souscrit des actions au nom de ses enfants mineurs. Si l'acte avait été commercial de sa nature, l'art. 3 du Code de comm. devait s'appliquer : un mineur ne peut faire même des actes isolés de com-

Digitized by Google

merce qu'à la condition d'avoir dix-huit ans, et d'être habilité conformément à l'art. 2; et, suivant une tradition constante, le tuteur n'est pas recevable à le représenter dans cet ordre d'opérations. La nullité de la souscription arrivait au terme du raisonnement. — La Cour, il est vrai, n'a pas voulu s'arrêter à cette opinion : elle a compris qu'en apportant ainsi au placement des deniers pupillaires une entrave insupportable, elle provoquerait d'unanimes réclamations. Dès lors le seul moyen de sortir d'embarras était d'affirmer que l'art. 3 interdit au mineur lui-même les actes de commerce, mais non au tuteur opérant pour lui. C'est ce qu'a fait la Cour. Mais cette concession même, contraire aux idées reçues, nous le répétons, ouvre la porte à de graves abus : le tuteur va donc pouvoir fonder et exploiter un établissement de commerce pour le compte du pupille? Est-ce admissible?

La tutrice cependant l'a emporté dans l'espèce : la souscription a été annulée et les mineurs ont été déclarés exempts du non-versé : les premiers versements mêmes leur ont été restitués. Nous n'avons plus à suivre ici la Cour dans la considération qui l'a déterminée : la question rentre plutôt dans le cadre du droit civil, elle se rattache à l'art. 6 de la loi du 27 février 1880. Deux mots nous suffiront.

Cet article est celui qui astreint le tuteur à faire dans les trois mois l'emploi des capitaux échus au mineur : un deuxième alinéa porte que « les règles prescrites par les articles ci-dessus seront applicables à cet emploi. » Or les articles précédents prescrivent au tuteur, entre autres obligations, celle de n'*aliéner* les valeurs mobilières du mineur qu'après autorisation du conseil de famille, et homologation du tribunal (au-dessus de 1500 fr.). La Cour, intervertissant les situations, conclut de ce rapprochement que l'homologation judiciaire est requise, non seulement quand il s'agit de vendre, mais aussi quand on *acquiert* des valeurs de Bourse pour le mineur : elle manquait dans l'espèce.

L'assertion, tout en se réclamant de la lettre de la loi, est assez étonnante, nous laissons à d'autres le soin de la combattre.

Digitized by Google

2. *L'actionnaire peut-il exercer de son propre chef l'action en responsabilité contre les administrateurs pour dommage fait à la société.* — Paris, 30 juin 1883, et Lyon, 12 août 1884, *J. d. Soc.* 85, 2 et 57.

On ne paraît pas avoir en pratique des idées très arrêtées sur les conditions d'exercice de la poursuite en responsabilité dirigée par des actionnaires contre les membres des conseils d'administration ou de surveillance, à raison des fautes qu'ils auraient commises dans leurs fonctions. Du moins quand le préjudice dont se plaint le demandeur a été souffert par la société, et non par certaines personnes, arguant d'un tort distinct; car dans ce dernier cas la nature individuelle de l'action ne fait pas question.

Il est de jurisprudence à peu près constante que, lorsque cette poursuite en responsabilité collective est mise en œuvre par des créanciers, ceux-ci agissent du chef de la société, leur débitrice, et par application de l'art. 1166 (Cass. 21 décembre 1875, *J. d. P.*, 79, 241, et plus récemment Aix, 4 juillet 1883, *J. d. Soc.*, 84, 585 et Orléans, 20 mars 1884, *J. d. Faill.*, 84, 527). D'où cette double conséquence, que le *quitus* de l'assemblée générale éteint l'action et prive désormais les créanciers du droit de l'intenter, et que, la société venant à tomber en faillite, la poursuite en responsabilité ne peut plus être exercée que par le syndic, seul recevable à utiliser les droits du failli dans l'intérêt de la masse.

Pouquoi la base de la poursuite différerait-elle, quand le procès est fait par des actionnaires? Les art. 17 et 39 de la loi de 1867 qui confèrent aux actionnaires la faculté de plaider, à leur choix, soit en syndicat, soit isolément, ne prouvent aucunement qu'ils agissent *de leur propre chef* : la meilleure preuve qu'ils se substituent à la société elle-même dans l'exercice de la poursuite, c'est que le montant de la condamnation en cas de succès sera versé à la caisse sociale. Faute de reconnaître ce caractère universel de l'action, la Cour de cassation en est venue, il y a quelques années, à débouter un actionnaire, parce qu'il avait conclu pour la société et en intérêt collectif, au lieu de conclure dans les limites de son intérêt particulier (9 juin 1874, D. 76. 1. 387). C'est partir de l'idée que l'actionnaire, ayant une portion aliquote dans le capital social, doit pouvoir agir en responsabilité

Digitized by Google

suivant la même fraction, le droit d'exiger la réparation du préjudice *total* ne pouvant appartenir qu'aux organes de la société ou de l'assemblée générale. Or cette notion même nous semble inexacte : par la conclusion du pacte social, chaque individu a renoncé d'avance, en se groupant aux autres, à demander en nom propre compte au personnel social des faits qui engageraient sa responsabilité : ce droit dévolu à la collectivité n'appartient qu'à l'être moral. Quoique n'étant pas créanciers de la société sur le même pied que les autres, les actionnaires doivent pouvoir user de l'art. 1166 : c'est à ce titre qu'ils agissent. Nous en concluons : 1° que l'actionnaire n'est plus maître de plaider, quand la société a disposé de l'action en responsabilité par un vote *valable* de l'assemblée générale, — solution qui s'impose et que consacrent généralement les arrêts ; 2° qu'en faillite le syndic seul peut poursuivre, chaque actionnaire se trouvant dessaisi.

Nous détachons des motifs de deux arrêts de la Cour de l'année des passages qui démontrent combien on est loin en jurisprudence de souscrire à ces idées, et d'adopter notamment la conséquence formulée en dernier lieu.

Paris, 30 juin 1883, aff. du *Crédit rural.*

« L'actionnaire possède l'action de mandat contre les administrateurs qu'il a préposés à la gestion de la société ; il peut exercer cette action de son chef propre, en agissant *ut singuli* dans son intérêt personnel et exclusif, sans empiéter sur l'action sociale, tendant au même but dans l'intérêt de tous, que le syndic a seul qualité pour exercer *ut universi*, soit par voie d'intervention, soit par voie d'action principale. Refuser ce droit à l'actionnaire, serait subordonner à la volonté du syndic l'exercice d'un droit individuel, et faire dépendre exclusivement de ses appréciations fausses ou justes, de son activité ou de sa négligence, la responsabilité effective des administrateurs de sociétés. »

Lyon, 12 août 1884, aff. de la *Société Lyonnaise.*

« Si X... exerçait l'action sociale en agissant au nom de la société elle-même, on lui opposerait à bon droit la règle que *nul ne plaide par procureur* (et l'art. 1166 ?) ; mais il est constant qu'il n'exerce qu'une action individuelle, en son nom personnel (tel n'est pas notre avis), par laquelle il demande la réparation du

Digitized by Google

préjudice que lui auraient causé les détournements. Sans doute cette action, si elle est accueillie, a une portée et des conséquences sociales (alors elle n'est pas individuelle !), le montant des condamnations devant être versé à la caisse sociale ; mais ce résultat n'est qu'une conséquence de l'indivisibilité des intérêts sociaux. »

(Voir sur cette distinction entre l'action sociale et l'action individuelle le dernier ouvrage concernant la matière, P. Villard, *Des adm. dans les soc. anonymes*, p. 157 et suiv. (1884, Paris, Pichon), dont nous n'acceptons pas entièrement les idées, tout en appréciant la manière dont elles sont présentées).

Notre théorie, si elle devait un jour prévaloir en jurisprudence, mènerait à la longue à un nouveau résultat, à tout prendre satisfaisant.

Il faut, d'après les statuts mêmes, attendre la fin de l'exercice pour demander aux administrateurs raison de leurs actes, en assemblée générale. Il ne peut dépendre de la fantaisie d'un intéressé de substituer à ce mode d'agir un système qui ferait du tribunal l'appréciateur en première ligne des actes reprochés. Dans ces conditions la poursuite ne pourrait être exercée qu'après la tenue de l'assemblée, et à défaut par elle d'avoir approuvé les comptes.

Bien entendu, s'il s'agissait d'une action en responsabilité, intentée par des actionnaires contre les fondateurs, à raison de la nullité de la société pour laquelle on n'aurait pas observé la loi de 1867, le raisonnement suivrait une direction différente. Là les poursuites sont réellement *individuelle*, chacun agit pour son compte, et dans la limite de ses intérêts. La demande en dommages-intérêts, pas plus que celle en nullité, n'est subordonnée dans son exercice à un avis préalable de l'assemblée générale, à moins que l'acte de société ne renferme une clause prescrivant cet avis préliminaire (Comm. Seine, 7 mars 1884, *J. d. Soc.*, 84, 716). Il y aurait un vrai contre-sens à parler d'une action *sociale*, puisque la société est nulle. La faillite de la société, toujours possible à la requête des créanciers (art. 7 et 41 de la loi de 1867), n'investit pas le syndic, agent de la masse, de ces prétentions d'actionnaires. La poursuite dirigée par le syndic contre les fon-

Digitized by Google

dateurs (art. 42) concerne les droits des créanciers *seulement*.

C'est à bon droit que la Cour de Lyon, dans les procès multiples agités à l'occasion de la Banque de Lyon et de la Loire, a admis l'intervention des actionnaires concluant de leur chef à côté du syndic (notamment arrêt du 7 février 1883, *J. de Soc.*, 83, 181) ; c'est à bon droit que, plus tard, le syndic ayant transigé avec les fondateurs, on s'est accordé à considérer cette transaction comme laissant intacts les droits individuels des actionnaires (toutefois la Chambre des appels correctionnels, dans son arrêt récent du 12 mars 1885, a fait, selon nous, une fausse application du principe aux actionnaires, parties civiles au procès). — Constatons encore, à propos de ces mêmes débats, que nulle décision n'avait su jusqu'à présent mettre aussi bien en relief la nécessité pour les actionnaires, s'ils veulent triompher, d'établir un rapport de cause à effet entre l'irrégularité de fondation et le désastre pécuniaire qui les induit en perte.

3. *L'actionnaire exécuté en Bourse reste-t-il éventuellement tenu du non versé?*
Comm. Seine, 25 septembre 1883, *J. d. Soc.*, 1884, 674.

La véritable situation d'un actionnaire, qui aurait subi l'exécution en Bourse pour n'avoir pas répondu à un appel de fonds de la société et serait ainsi déchu de ses droits, manque de netteté. Quelques réclamations produites dans ces dernières années par des personnes, expropriées de leurs actions par ce procédé de contrainte, donnent à penser que la loi des sociétés ne ferait pas mal de caractériser l'exécution en Bourse par une disposition formelle. On a vu des actionnaires exécutés plaider en nullité de la société : prétention qui a été à bon droit écartée, parce qu'une condition indispensable à l'exercice de l'action en nullité est d'être encore actionnaire. La possibilité de saisir la justice des vices de l'acte de société est un droit attaché à la détention de l'action, et, du moment qu'on a cessé d'en être titulaire, on n'est plus recevable à s'en prévaloir. Le droit a passé avec l'action elle-même, soit au cessionnaire, en cas de négociation volontaire, soit au substitué en cas d'exécution. Mais où la nécessité de dégager la véritable nature de l'exécution en Bourse apparaît, selon nous, d'une manière pressante, c'est dans le cas suivant,

Digitized by Google

porté devant le tribunal de la Seine et sur lequel est intervenu un jugement au 25 septembre 1883.

L'actionnaire n'a pas répondu à l'appel du deuxième quart et il a été exécuté. Ne connaissant pas la personne qui, sur les démarches de la société, a pris sa place et acquis en Bourse les actions en deshérence, il s'adresse au siège social et lui demande la révélation du nom de cet acquéreur, afin de pouvoir utilement recourir contre lui pour le troisième et le quatrième quarts, s'il venait à être lui-même recherché en versement de ce complément. Le tribunal a fait droit à cette prétention.

Evidemment la question du secret professionnel des agents de change et l'interprétation de l'art. 19 de l'arrêté du 27 prairial an X, qui ont fait dans ces derniers temps les frais de plus d'un procès original, étaient absolument étrangères à la présente espèce : la société n'est pas tenue au secret vis-à-vis des personnes dont les noms figurent sur son registre de transferts. Le bien fondé de la prétention de l'actionnaire déchu ne nous est cependant nullement démontré.

Il se dit éventuellement exposé à faire les fonds du complément de l'action et trouve dans cette menace la justification de son attaque. Or reste-t-il responsable du non-versé? Là est la difficulté.

Il ne paraît pas qu'il en demeure tenu envers le siège social. Celui-ci, en l'exécutant, ne fait en somme que lui appliquer le principe de l'art. 1184 du C. civ., sur la résolution pour refus du débiteur de fournir sa prestation dans les contrats synallagmatiques. Cette résolution a pu s'opérer sans jugement, en vertu des usages de la Bourse : à cela près, la théorie est la même. Dès lors, la société ne se borne pas à dépouiller l'actionnaire défaillant *ex tunc*, elle le fait sortir rétroactivement du cercle des associés, il est réputé n'avoir jamais été membre de la société. De quel droit la société le poursuivrait-elle donc plus tard, au cas d'un nouvel appel de fonds? Cette poursuite impliquerait de sa part une attitude absolument contradictoire.

On objectera que l'appel de fonds pourra être du moins dirigé contre l'auteur de notre actionnaire exécuté, que cet auteur, pour qui l'exécution est *res inter alios acta*, agira en garantie et en

Digitized by Google

remboursement contre son acheteur, et que par conséquent le désir de ce dernier de connaître le nom du nouveau détenteur du titre, contre lequel il plaidera à son tour, est suffisamment légitime. A cela on peut répondre, d'abord, que pareil langage ne saurait être tenu par l'actionnaire, s'il est souscripteur originaire du titre, et ensuite que, même ayant un vendeur au-dessus de lui, il n'a pas pour autant cause gagnée. La demande de révélation de nom prend sa source dans l'exécution forcée : or l'actionnaire a subi l'exécution par sa faute, et n'est-il pas de tradition qu'on ne saurait arguer d'une faute pour s'en faire un titre de réclamation? Qu'il se mette lui-même en quête de son successeur, au moment voulu. La société se refuse à être l'auxiliaire de ses recherches.

4. *La fusion de deux sociétés peut-elle être résolue pour non paiement des dettes de la société absorbée par l'autre?* — Comm. Seine, 18 juillet 1883, *J. trib. com.*, 84, 64.

La contribution fournie par les documents judiciaires à la théorie de la fusion des sociétés qui n'est pas faite dans la loi, augmente d'année en année. Signalons un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 18 juillet 1883, qui, pour reposer sur des principes très simples, n'en mérite pas moins d'être rapporté dans ce travail.

Une société s'absorbe dans une autre, qui prend à son compte la liquidation du passif dont la première était chargée. Mais les conditions du contrat de fusion ne sont pas observées, et les dettes ne sont pas amorties. La société fusionnée, qui a conservé un personnel de liquidation distinct, peut se prévaloir de l'art. 1184 du C. civ. et de la clause résolutoire dans les conventions synallagmatiques, faire tomber la fusion et reprendre à la fois son individualité et l'actif qu'elle avait apporté à l'autre.

Il est à noter que la résolution a été prononcée, dans l'espèce du procès, contre la faillite de la société fusionnante qui avait cessé ses propres paiements. Nous ne voulons pas rechercher s'il existe dans le droit des faillites des dispositions rendant suspecte cette résolution *in rem*, par préférence aux créanciers. L'essentiel est de montrer comment une théorie pareille, venant à passer

Digitized by Google

dans le grand courant judiciaire, protègerait les créanciers de sociétés contre les fusions parfois imprudentes, que concluent leurs débitrices sans les consulter. Si la compagnie fusionnée peut demander la résolution, ses créanciers non désintéressés sont également recevables à l'invoquer (1166, C. civ.). Et, comme on est par hypothèse en face d'un défendeur insolvable, le procès aboutira à une véritable *séparation de patrimoines*, et à la constitution de deux masses actives dans la liquidation desquelles produiront les créanciers respectifs des deux anciennes sociétés.

§ 2. — *Faillites.*

1. *Les fondateurs ou administrateurs d'une société anonyme nulle encourent-ils la faillite?* — Req. rej. 19 février 1884, *J. d. Faill.*, 1884, 177.

La Cour de cassation, par un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes rendu le 19 février 1884, a fait sortir de l'art. 42 de la loi de 1867 une doctrine fort grave touchant la matière des faillites. Il résulterait de cette disposition que les fondateurs ou administrateurs d'une société anonyme irrégulièrement constituée, auxquels la nullité est imputable, encourent *personnellement* la faillite, si la société vient à faire de mauvaises affaires et à déposer son bilan. Dans le procès porté devant la Cour, il s'agissait d'une personne qui, la société fondée, avait continué à la gérer pendant un temps plus ou moins long et qui avait cumulé par conséquent les deux titres de fondateur et d'administrateur. Cet élément du litige a visiblement influé sur la solution : si le fondateur n'avait point participé au fonctionnement des affaires sociales, la Cour eût incliné vers un sentiment contraire.

Pour bien saisir la déduction, il faut avoir présente à l'esprit l'interprétation donnée par la jurisprudence à cet art. 42. Tandis qu'un parti imposant dans la doctrine prétend que, dans le cas de nullité de la société, les créanciers n'ont contre les fondateurs qu'une simple action en dommages-intérêts, limitée au préjudice et subordonnée à la preuve que le vice de fondation a causé la ruine de l'entreprise, l'opinion dominante en pratique, affirmée par deux importants arrêts de la Chambre civile des 27 janvier 1873 et 13 mars 1876 (D. 73, 1, 331, et 77, 1, 49), a un caractère bien plus énergique : la nullité de la société anonyme, faisant

Digitized by Google

tomber l'être moral, met à sa place la société des fondateurs et administrateurs responsables, sur laquelle retombe le fardeau du passif social : cette société doit être conforme au droit commun du commerce, elle est en nom collectif, et chacun de ses membres est solidairement responsable de toutes les dettes de la société, sans qu'il y ait lieu de se livrer à un plus ample examen. A diverses reprises, depuis les événements de 1882, nos tribunaux ont consacré cette théorie, exacte peut-être, mais impitoyable, et qui n'a devant elle qu'un temps limité d'application, si, comme nous devons l'espérer, le projet de loi des sociétés ne chôme pas dans les bureaux des Chambres.

On suit dès lors le fil du raisonnement. Les associés en nom collectif sont commerçants de profession et encourent la faillite en même temps que la société. La même solution doit prévaloir ici, du moins quand le fondateur a fait pour la société des actes de commerce réitérés. D'ailleurs dans la théorie de l'immixtion du commanditaire (27 et 28, Co.), qui a avec celle-ci des relations frappantes de parenté, n'est-ce pas l'avis qui tend à prévaloir ? Solidaire de tous les engagements de la société, il convient de voir en lui un commerçant, si les actes dans lesquels il s'est ingéré se sont reproduits avec une certaine fréquence.

Le moyen terme auquel la Cour de cassation semble s'arrêter prête, selon nous, à la critique. Si l'administrateur encourt la faillite, le fondateur qui n'a pas administré doit aussi y être exposé. Du moment qu'on traite nos personnes responsables en associés en nom, il faut être logique jusqu'au bout, qu'importe que ces personnes aient ou non participé à la gestion? Les associés en nom exclus de la direction des affaires sociales sont commerçants et aptes à la faillite tout comme les autres. Ils n'ont pas accompli d'actes de commerce individuellement, mais d'autres en ont fait pour eux, ce qui revient au même.

Mais notre sentiment est tout à l'opposé de cette thèse, trop abstraite pour être vraie. Si l'ont peut à la rigueur conclure par un raisonnement indirect à la responsabilité solidaire, pareille méthode ne saurait être recommandée, quand il s'agit de décerner à une personne l'épithète de commerçant. Ce titre ne sied qu'à ceux qui l'ont *publiquement* et *spontanément* porté. La thèse du

Digitized by Google

commerçant malgré lui et même à son propre insu ne laisse pas que de surprendre. Il n'y a pas de commerçant sans *profession*, (art. 1er, C. co.), et la profession est le fait de se présenter ouvertement comme spéculant pour soi-même. Or, aux yeux du public, la spéculation a été conduite au compte d'une œuvre anonyme, fait ostensible que la déclaration subséquente de nullité n'a pu détruire. Le sort réservé aux fondateurs par la jurisprudence de 1873 et de 1876 est déjà suffisamment pénible sans qu'on cherche à l'aggraver en abusant du syllogisme.

2. *Les actionnaires d'une société peuvent-ils demander la faillite?* — Rouen, 26 mai 1884, *J. d. Soc.*, 1885, 111.

Est-il bien vrai que les actionnaires soient sans qualité à l'effet de provoquer la déclaration de faillite de la société dont ils sont membres, quand elle vient à cesser ses paiements? C'est encore ce que vient de décider la Cour de Rouen, à la date du 26 mai 1884.

Les termes de l'art. 440 semblent bien favorables à cette manière de voir : « La faillite est déclarée par jugement rendu, soit sur la déclaration du *failli*, soit à la requête d'un ou de plusieurs *créanciers*, soit d'office. » L'actionnaire ne comporte ni la qualification de failli, qui ne saurait appartenir dans l'espèce qu'à l'être moral, à la société elle-même, ni celle de créancier. La déduction est catégorique.

Pourtant l'actionnaire a un intérêt sérieux à la mise du patrimoine social sous le séquestre de justice : la faillite peut amener des arrangements, et rétablir les affaires compromises, tandis que si on laisse les choses suivre leur cours, les dernières épaves de la société menacent d'y passer.

Lorsque la Cour dit que l'actionnaire a un autre moyen de sauvegarder son droit, « puisqu'il peut toujours, dans les termes des statuts, provoquer la dissolution et la liquidation de la société », elle formule une déclaration qui n'est pas absolument exacte : la cessation des paiements de la société n'est pas, de par la loi, une cause de dissolution. Le requérant serait associé en nom collectif au lieu d'être actionnaire : sa demande serait recevable, car la cessation des paiements du siège social entraî-

Digitized by Google

nerait, comme on le sait, sa faillite personnelle, et la qualification de failli lui conviendrait alors à tous égards ; c'est donc la particularité d'avoir limité sa responsabilité à la mise qui entraîne seule son exclusion : ce n'est pas très équitable.

Pourquoi du reste refuser à l'actionnaire le titre de créancier? Il ne l'est pas en première ligne sans doute, il ne peut pas se faire inscrire à la faillite à côté des autres ayant-droit. Mais il peut prétendre à un solde éventuel, pour le cas où le liquidation laisserait ressortir un boni final, et son intérêt est de relever ce solde, qui représente bien une créance en somme, par une mesure prévoyante. On comprendrait la thèse si le créancier demandeur devait justifier d'un droit liquide et exigible. Mais, dès l'instant qu'on permet à tout créancier, même conditionnel, de réclamer la faillite en se fondant sur le non paiement des dettes échues, la théorie perd la plus grande partie de sa force.

En résumé, l'actionnaire tient une situation mixte : il fait partie de la maison, en tant que co-propriétaire du fonds social, il est placé au dehors, en tant que fondé à émettre des prétentions contre la société : au lieu de lui refuser un droit commun au négociant et à ses créanciers, n'y aurait-il pas plutôt raison double de le lui accorder?

3. *La faillite rend-elle les actions exigibles?* — Comm. Le Havre, 9 janvier 1884, *J. d. Soc.*, 1884, 725 ; Paris, 8 février 1884, *J. d. P.*, 84, 619.

Dans les dernières liquidations financières de sociétés dont les titres n'étaient que partiellement libérés, les syndics de faillites ont de divers côtés prétendu obliger les actionnaires à payer immédiatement le non-versé, avant que le montant du passif et l'insuffisance des sommes destinées à le couvrir ne fussent établis. Le sentiment général des tribunaux de commerce leur était favorable ; celui du Hâvre notamment a, par jugement du 9 janvier 1884, donné raison à cette réclamation. (*Sic etiam*, Comm. Seine, 15 janv. 1884, faisant application de la théorie à la compensation, et 3 juin 1884, *J. d. Faill.*, 84, 158 et 413). Pourtant la Cour de Paris, au 8 février suivant, a consacré une thèse différente, suivant laquelle le compte de l'excédant non couvert devait être dressé avant que l'actionnaire ne fût contraint au paiement (Voir aussi Paris, 7 août 1884, *J. des Faill.*, 84, 521).

Digitized by Google

Cette dernière règle est celle qu'une bonne législation accepterait. Il n'est pas juste qu'un syndic encaisse ainsi des sommes, sans même savoir si elles seront nécessaires au remboursement des créanciers, et avec la perspective de les restituer plus tard au tout ou en partie. Quand vient l'assemblée de concordat, les créanciers, apprenant que le capital est recouvré, refusent d'accorder à la société une remise qu'ils auraient consentie, sans doute, si l'appel de fonds était encore à exercer : les actionnaires souffrent de ces versements hâtifs. C'est bien autre chose si l'on songe à une société en faillite qui viendrait à être déclarée nulle pour inobservation de la loi de 1867 : les syndics devraient poursuivre avant tous autres les fondateurs responsables, et n'exiger le complément des actions que si les condamnations de ces fondateurs n'arrivaient pas à parfaire le règlement du passif.

Mais, dans l'état actuel de la loi, il nous paraît difficile de concéder aux actionnaires poursuivis un moyen dilatoire. Ce n'est pas que la proposition par laquelle on entend justifier l'attitude du syndic réponde à une idée juridique exacte. On dit que la faillite rend le montant des actions immédiatement exigible, ce qui donnerait à penser qu'on fait application de l'art. 444 : or les dettes que ce texte fait échoir au jour du jugement déclaratif sont celles du *failli* : les actionnaires ne doivent pas être confondus avec la société elle-même, ils ne sont pas en faillite. Aussi, dans le cas où les statuts auraient fixé d'avance l'époque de paiement des deuxième, troisième et quatrième quarts, pensons-nous que le syndic ne serait pas recevable à exiger une anticipation sur les dates établies.

Mais d'ordinaire les choses se passent différemment. Le non-versé, d'après l'acte social, sera exigible en vertu d'une délibération de l'assemblée générale ou tout au moins du conseil d'administration, quand l'etat de la société exigera la réalisation du capital, et suivant la proportion que la délibération arrêtera. Le jugement déclaratif dessaisit la société et transporte au syndic les droits qui appartenaient la veille encore à ses divers organes. Cette concentration subite aux mains d'un seul homme des pouvoirs distribués par le pacte de société entre de nombreux agents, paraîtra l'équivalent d'une dictature, malheureusement la loi des

Digitized by Google

faillites est ainsi faite. Le syndic est maître de substituer sa volonté à celle des administrateurs, de l'assemblée générale elle-même. Son omnipotence n'a d'autres limites que celles tracées par le Code de commerce : nul texte ne défend au syndic d'appeler les fonds dus à la société, ou ne l'oblige même à se munir d'une autorisation préalable. D'après l'art. 485, les syndics procèdent, sous la surveillance du juge commissaire, au recouvrement des dettes actives. Surveillance n'est pas consentement. Nous ne voyons d'autre contre-poids à ce pouvoir exagéré que la faculté pour les intéressés de réclamer devant le juge contre la mesure prise par le syndic ou de demander la révocation de ce dernier (466 et 467).

4. *Une société anonyme, dissoute et nulle, peut-elle en faillite obtenir un concordat? Conditions de ce concordat.* — Lyon, 18 mars 1884, *J. d. Faill.*, 1884, p. 195.

Les concordats accordés à des sociétés par actions ne sont pas assez fréquents, pour que nous puissions passer sous silence le traité de remise intervenu au cours de la faillite de la société de célèbre mémoire dite *Banque de Lyon et de la Loire*, que la Cour de Lyon a homologué par son arrêt du 18 mars 1884. Cet arrêt est loin de reproduire, selon nous, la vérité déposée dans la loi.

La société bénéficiaire du concordat présentait cette triple particularité d'être *anonyme*, *dissoute* et déclarée *nulle* pour défaut d'observation de la loi de 1867. Aucun de ces trois caractères ne mettait en soi-même obstacle à la concession d'un concordat. En effet : 1° on n'en est plus à soutenir aujourd'hui qu'une société *anonyme* ne peut être mise en faillite, sous le prétexte que la personne faillie fait défaut. C'est une erreur : la société constitue une personne morale qui supplée à l'absence d'une personne physique indéfiniment responsable. 2° La *dissolution* laisse cette personnalité juridique debout pour les besoins de la liquidation, et les arrangements que les créanciers croiront devoir prendre avec les représentants de la société pourront aboutir de la même manière que si celle-ci était en voie de fonctionnement. 3° La *nullité* pour violation de la loi de 1867 est inopposable aux créanciers (art. 7), qui conservent contre le patrimoine social

Digitized by Google

tous les moyens d'action appartenant aux créanciers d'une société valable, par conséquent la faillite avec ses deux solutions alternatives, tantôt le concordat et tantôt l'union. Le fait que les créanciers, dans l'espèce, avaient eux-mêmes, par l'entremise du syndic de la faillite ouverte en premier lieu, pris l'initiative de la demande en nullité, pour exercer contre les fondateurs les responsabilités légales (art. 42), ne détruisait leur droit ni à la faillite ni au concordat. Il n'y a point contradiction de leur part, d'après le système échafaudé par la loi, à plaider concurremment la validité de la société, à l'effet de retenir sous le sequestre de la faillite la masse des biens sociaux, et sa nullité, afin de poursuivre les fondateurs en faute : les deux prétentions sont émises en face de défendeurs différents.

Toutefois l'existence d'un de ces deux derniers éléments, dissolution ou nullité, est, à notre gré, de nature à resserrer pour la société le cadre du concordat. Le concordat par abandon d'actif est possible, mais non le concordat impliquant reprise pour l'avenir des affaires sociales. Chacun des actionnaires a droit acquis à une liquidation actuelle, puisque la société a vécu; le bail conclu avec les créanciers la ferait revivre, ce qui ne saurait être, à moins, bien entendu, que l'unanimité des actionnaires ne se missent d'accord pour atteindre ce résultat.

Quant à la forme, le concordat d'une société anonyme doit, comme tout contrat, intervenir entre deux parties adverses, d'un côté la masse des créanciers votant aux conditions de majorité de l'art. 507, de l'autre la société. On ne voit pas très-bien, dans le silence de la loi, comment la société exprimera son adhésion et quel sera son organe. Le liquidateur, — s'il y en a un de nommé à côté du syndic, — n'a pas qualité à l'effet d'engager la société dans les liens d'un concordat de sa propre autorité : il n'a pas été institué dans ce but. Force sera bien, pour créer à la masse une contre-partie avec qui discuter les bases du concordat, de provoquer la réunion d'une assemblée générale d'actionnaires. Cette assemblée délibérera sur le projet de traité, et nommera des négociateurs qui la représenteront auprès des créanciers. Ainsi deux réunions distinctes, l'une de créanciers en conformité de l'art. 507, l'autre d'actionnaires délibérant valablement par

Digitized by Google

application de la loi de 1867, et des délégués nommés par celle-ci, servant d'intermédiaires.

Ce n'est pas précisément ainsi que l'ont entendu les hommes préposés à la liquidation de la société dont nous parlons : ils ont baptisé du nom de concordat un traité tout autre, et les juges n'ont pas vu la confusion de principes d'où cette interprétation était sortie.

Le syndic avait fait approuver par les créanciers des propositions émanant du liquidateur et des fondateurs responsables de la nullité. Ces propositions déchargeaient à la fois les actionnaires du non-versé, à la condition de payer le deuxième quart, et les fondateurs de la condamnation solidaire, moyennant certaines prestations dont le détail peut être négligé. On évaluait à un minimum de 75 0/0 le dividende que les créanciers retireraient de la liquidation par suite de cet arrangement. Les créanciers ont approuvé, et la justice, en seconde instance du moins, a donné son homologation.

C'est du mot même de *concordat* que doit provenir l'erreur commise. Il s'agissait de ramener le calme sur la place, de rendre à la circulation des capitaux immobilisés par la crainte de poursuites judiciaires ; un traité de pacification n'est-il pas un concordat? En droit, malheureusement, il faut savoir contenir les élans de l'imagination et n'employer les mots que dans leur sens technique.

Le concordat est un traité conclu avec le débiteur failli, c'est-à-dire dans l'espèce avec la société anonyme elle-même (507), et un traité procurant directement des avantages positifs au failli, une remise du passif en échange de certains engagements. Dans le concordat simple, les créanciers stipulent des dividendes payables à telles époques ; dans le concordat par abandon, ils se contentent de la cession par le failli des biens présents : mais dans les deux cas, ils donnent décharge pour le reste à la personne même contre laquelle le jugement déclaratif a été rendu.

Il serait difficile de spécifier, dans l'hypothèse du procès, l'avantage concédé par les créanciers à la société : ils ne limitent pas leurs prétentions à un dividende déterminé, le syndic continuera à réaliser sous le régime de l'union, jusqu'à la distribution

Digitized by Google

des derniers deniers, et même après cette distribution les ayant-droit demeureront théoriquement créanciers du solde. Sans doute les créanciers ont, par le traité intervenu, diminué leur gage et réduit ainsi le chiffre du dividende qu'ils auraient pu obtenir en conservant l'intégralité de leurs droits. Mais la renonciation n'est pas faite au profit de la société, elle est consentie à d'autres obligés qui forment en quelques sortes des satellites de la société. Ces obligés appartiennent à deux groupes : 1° Les fondateurs en faute étaient tenus d'une action solidaire, mais ne se trouvaient pas personnellement en faillite. Le syndic de la faillite sociale, c'est admis en pratique, centralisait les droits des créanciers contre eux. Il leur fait remise d'une partie de leur dette, afin de pouvoir plus sûrement encaisser le reste ; c'est une transaction. 2° Les actionnaires restaient obligés aux trois quarts non encore versés sur leurs titres, ils étaient tenus de ce complément envers la société. Le syndic, exerçant les droits de la société faillie, se contente d'un quart et donne décharge des deux autres ; c'est encore une transaction. — On est en présence de deux transactions liées, subordonnées l'une à l'autre par la volonté des contractants, mais non d'un concordat véritable.

Il fallait donc appliquer l'art. 487, suivant lequel le syndic peut transiger sur toutes contestations intéressant la masse, pourvu que la transaction soit homologuée par la justice passé trois cents francs. On n'a pas su découvrir le pivot réel du débat. Il n'était pas nécessaire de faire voter les créanciers, le syndic avait des pouvoirs suffisants. On pouvait donc s'épargner l'ennui de rechercher si l'absence de signatures des fondateurs sur l'instrument de l'accord viciait le traité (509), si les deux majorités de l'art. 507 étaient bien acquises, si le consentement des créanciers n'avait pas été le fait d'une surprise, si les créanciers, réunissant en leur personne le titre d'actionnaires, avaient, à raison de leur opposition d'intérêts, le droit de voter, etc. : toutes questions qui semblent avoir embarrassé les juges en première instance ou en appel.

Le pourvoi formé contre l'arrêt a été renvoyé à la Chambre civile le 15 mars dernier : il nous paraissait difficile que la Cour de cassation s'appropriât à son tour l'argumentation sur laquelle

Digitized by Google

repose la décision : les motifs ne peuvent pas être maintenus.

Cela étant, nous devons montrer accessoirement comment celle de ces deux transactions consentie aux actionnaires pèche faute de qualité de l'un des signataires. C'est le liquidateur qui stipule pour la collectivité des actionnaires, sans avoir pris leurs adhésions respectives. Or, si mal délimités que soient les pouvoirs d'un liquidateur, quand l'avoir social est déjà administré par un syndic, on peut affirmer que le liquidateur ne représente pas la collectivité des actionnaires dans une remise partielle du non-versé. Il est leur gérant d'affaires, dira-t-on, les actionnaires ayant tout à gagner à l'opération ! Ce n'est pas certain. Un bon nombre de ces actionnaires protestaient, disant à tort, ou à raison, ne rien devoir : ils déclinaient toute espèce de présent. *Timeo Danaos*... Peut-on faire acte de gestion d'affaires pour un opposant? Et puis, dans la transaction que nous examinons, les actionnaires n'obtenaient rien sans rien ; ils renonçaient, par l'organe du même liquidateur, à leurs recours contre les fondateurs : la clause a été entendue par la Cour du recours social seulement, mais elle n'en imprimait pas moins un effet synallagmatique à l'opération traitée pour les actionnaires, et c'était une raison de plus de ne conclure la convention qu'après leur avoir demandé leurs procurations à tous.

§ 3. — *Questions diverses.*

1. *L'art.* 1206 *gouverne-t-il les signataires d'un effet de commerce?* — Paris, 11 décembre 1883, *J. d. P.*, 1884, 598.

La Cour de Paris a été appelée à se prononcer, au 11 décembre 1883, sur le point de savoir si les poursuites judiciaires, intentées par le porteur d'une lettre de change contre l'un des signataires dans les cinq ans de l'art. 189, interrompent la prescription contre les autres. Elle a statué dans le sens de l'affirmative (*contrà* M. Lyon-Caen, en note sous l'arrêt).

La doctrine de cet arrêt, qui a dans la jurisprudence des précédents conformes et contraires, nous paraît la plus sûre. Les engagements des signataires sont solidaires (140), et, suivant les principes de la solidarité tracés au Code civil, les poursuites

Digitized by Google

contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous (1206). A moins qu'on ne ressuscite la vieille distinction d'école entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite, entre les débiteurs se connaissant et ne se connaissant pas, distinction presque tombée en oubli, il faut suivre cette règle catégorique.

Il existe pourtant un motif de doute, tenant à la manière dont le Code de commerce organise dans les effets de commerce le délai de déchéance. Certains débiteurs de change, les endosseurs et le tireur ayant fait provision, sont libérés par l'expiration d'un délai plus rapide que celui de la prescription proprement dite : il faut qu'ils soient actionnés dans la quinzaine, faute de quoi ils sont déchargés par la négligence du porteur. Or il n'est pas douteux que le devoir du porteur ne soit d'assigner *concurremment* tous les signataires dans les quinze jours, s'il veut conserver son action contre la collectivité : une citation individuelle ne produit que des effets individuels (arg. 167). Ne convient-il pas d'étendre la règle du délai de déchéance à celui de prescription? Le droit du change déroge par conséquent à l'art. 1206 du C. civ.

Tel n'est pas cependant notre sentiment. Il n'y a aucune induction à tirer du délai de déchéance à la prescription : les deux institutions reposent sur une base toute différente. Les débiteurs accessoires de l'effet qui ont fait les fonds de la traite doivent bénéficier d'une libération exceptionnelle. Il faut qu'ils soient prévenus du protêt dans les quelques jours qui suivent l'échéance, pour pouvoir se mettre en mesure de trouver l'argent et exercer leur propre recours avec efficacité. Or celui d'entre eux que poursuit le porteur n'informe pas instantanément les autres du défaut de paiement de l'effet, du moins peut-il négliger de le faire, et voilà pourquoi la loi exige qu'ils soient assignés tous. Il ne s'agit pas là d'une prescription véritable. La saisie conservatoire de l'art. 172 ne tiendrait pas lieu de l'action judiciaire réclamée par la loi, et cependant toute saisie a, en fait de prescription, une vertu interruptive (2244) : preuve que la loi édicte plutôt un délai préfixe dans la matière de la négligence du porteur.

Les débiteurs qui se retranchent derrière l'art. 189 tiennent

Digitized by Google

un tout autre langage : ils se fondent sur une vraie prescription, et, qui plus est, sur une prescription qui présume un paiement déjà fait. Le refus de prêter le serment supplétoire entraîne malgré les cinq ans la condamnation du signataire. D'après l'ordonnance de 1673, tit. V, art. 21, « les lettres de change *seraient réputées acquittées* après cinq ans de cessation de demande et poursuites. » Dès l'instant que le porteur est sorti de l'inaction au regard de l'un quelconque des débiteurs, la présomption de paiement cesse vis-à-vis tous, le fait de poursuivre établit qu'il n'est pas désintéressé.

2. *La nouvelle loi sur les élections des tribunaux de commerce a-t-elle pu être appliquée avant septembre* 1884 ? — Angers, 16 juillet 1884, cassé au 10 déc. ; — Alger, 23 avril 1884 ; — Grenoble, 14 août 1884 ; *J. d. P.* 1885, p. 167 et 209.

La loi du 8 décembre 1883 qui substitue, en matière d'élections consulaires, le suffrage universel à l'ancienne organisation des notables, a suscité une difficulté d'interprétation transitoire dans plusieurs ressorts judiciaires.

Cette loi a été promulguée à la fin de l'année, au moment où l'on allait procéder au renouvellement partiel, par application de la loi de 1871. Pour que l'ancien mode d'élection ne fût plus pratiqué au lendemain du vote de la loi, contrairement aux idées nouvelles, on avait statué, par un article 19, que les pouvoirs des juges en fonctions seraient maintenus jusqu'à l'installation de leurs successeurs.

D'autre part, c'est dans la première quinzaine de septembre, d'après l'art. 4, que doit avoir lieu chaque année au sein des municipalités la confection des listes ; et dans la première quinzaine de décembre au plus tard, que le préfet doit convoquer l'assemblée électorale, d'après l'art. 9.

La question se posa de savoir, s'il fallait, en présence de ces textes, suspendre jusqu'en septembre 1884 toute élection consulaire, ou s'il convenait au contraire de procéder par anticipation, en provoquant au plus tôt des élections conformes au régime nouveau, sauf à les réitérer à l'époque légale, quelque temps après. Cette dernière façon d'agir était recommandée par M. le Garde des sceaux dans sa circulaire du 13 février 1884, elle a prévalu

Digitized by Google

dans certains arrondissements, et a trouvé crédit auprès de quelques compagnies judiciaires (Angers, 16 juillet 1884, cassé par la Chambre civ. au 10 décembre suivant et Grenoble, 14 août). Mais le sentiment contraire l'a finalement emporté : la Cour d'Alger, pour laquelle la difficulté se présentait sous un double aspect, car l'extension de la loi de 1883 à l'Algérie prêtait à discussion, a validé, au 23 avril 1884, les élections du tribunal de Bône, faites en janvier précédent suivant la loi de 1871. A Angers et à Grenoble, on a eu tort de maintenir des élections de la même période faites suivant le régime nouveau.

On ne peut en effet mettre une loi électorale à exécution, qu'à la condition d'observer les époques fixées par elle pour la composition des listes, sinon il y a violation des formes (art. 12). En vain les magistrats d'Angers et de Grenoble soutenaient-ils que, en supposant l'irrégularité démontrée, il ne s'ensuivait pas que les élections fussent nulles : les *délais* ne rentrent pas dans les questions de *formes*, et aucun texte ne confère aux tribunaux le droit de prononcer l'annulation quand les délais ont été transgressés. L'anticipation dans les délais a pour conséquence de recruter le corps électoral autrement qu'il n'eût été composé à bonne date : c'est bien là, à tout prendre, un vice de forme.

En vain a-t-on prétendu encore que l'art. 18 de la loi, en disposant « qu'il serait procédé à une élection générale dans les *délais* prescrits par elle », ne voulait se référer qu'aux délais impartis pour l'accomplissement du dépôt des listes au greffe ou autres détails, et non ceux touchant la confection même de ces listes ou les élections. Cette distinction est tout-à-fait conjecturale.

Ce n'est pas à dire que la solution de la Cour d'Alger soit la vraie. Le véritable moyen de se mettre d'accord avec la loi consistait, pensons-nous, à ne faire aucune élection avant septembre, en conformité de l'un ou de l'autre régime (art. 19) ; les seuls cas que nous excepterions sont ceux de décès ou de démission des magistrats en fonction, quand la loi nouvelle a été promulguée.

E. THALLER.

Digitized by Google

LA RESPONSABILITÉ DES PROPRIÉTAIRES DE MARCHANDISES.

LE CAPITAINE EST-IL LE MANDATAIRE DES CHARGEURS?

Par M. Alfred de Courcy.

Il y a des problèmes juridiques dont la solution est difficile. Je comprends qu'on hésite, que de bons esprits se divisent, et que des décisions contradictoires interviennent. Il y en a d'autres dont la solution me paraît si évidente qu'une chose m'étonne, c'est que la question même soit posée, et qu'il se produise une controverse. Telle est la question que je viens examiner, et qui se trouve encore pendante, à la suite d'un arrêt de cassation.

J'expédie par le chemin de fer, à destination de Marseille, des marchandises d'une valeur de 50,000 francs. Ces marchandises peuvent être détruites en route, par un incendie ou un autre accident. J'aurai probablement un recours contre le chemin de fer. Je suppose que ce recours me soit refusé, à raison d'une force majeure. Il me semble bien, du moins, que le maximum des risques que je cours est de perdre mes 50,000 francs de marchandises. Il ne me vient pas à l'idée que la Compagnie P.-L.-M., se transformant de débitrice en créancière, puisse me réclamer 100,000 francs, 200,000 francs, une somme indéfinie, sous prétexte des dépenses qu'elle aura faites, sans me consulter, à l'occasion de l'accident et dans l'intérêt prétendu de mes marchandises.

Je charge ces mêmes marchandises, sur un navire qui ne m'appartient pas, à destination de Marseille. Je sais que je les expose aux périls de la mer. J'aurai probablement la prudence de les faire assurer contre ces périls. Je sais encore que je cours les risques, soit des vices propres de la chose, soit des vices ou exceptions du contrat, soit de l'insolvabilité des assureurs. La question qui va être traitée n'étant aucunement une question d'assurances, je suppose que j'aie voulu économiser la prime en me passant d'assureurs. Il me semble bien encore, comme dans le cas précédent, que le maximum des risques que je cours est de perdre mes 50,000 francs de marchandises, par un accident de mer. Il ne me vient pas davantage à l'idée que le capitaine ou l'armateur puisse être mon créancier d'une somme de 100,000 fr.,

Digitized by Google

d'une somme indéfinie, pour les dépenses qu'il aura faites, sans me consulter, à l'occasion de l'accident et dans l'intérêt prétendu de mes marchandises.

Cependant, un légiste m'explique que, dans certains cas, je pourrai perdre, en sus de la valeur de mes marchandises, les frais du transport ou le fret. Sans doute, si j'ai payé d'avance les frais du transport. Il y a, me dit-on, d'autres cas. Cela m'étonne bien un peu. Comme ce n'est pas l'objet du litige que j'examine présentement, j'écarte la discussion sur ce point. Du moins je connais le chiffre des frais de transport ou du fret. J'ai fait à cet égard une convention, avec la Compagnie P.-L.-M., ou avec le capitaine ; c'est une somme modérée, limitée, qui ne me ruinera pas si je suis obligé de la payer. Je répète que j'aurais pu la payer d'avance, et qu'alors certainement je l'aurais risquée.

Ainsi, je cours le risque de perdre mes marchandises, plus les frais du transport. J'espère que c'est bien tout, et que je n'encours pas des responsabilités illimitées, en remettant mes marchandises, soit à la gare de la Compagnie P.-L.-M., soit au capitaine d'un navire ou au bureau de l'armateur.

Tout homme de bon sens à qui je poserais cette question la résoudrait aussitôt comme je la résous. Je crois même que bien des gens s'ingénieraient en vain à tâcher de découvrir sous quel prétexte on parviendrait à trouver ma responsabilité indéfiniment engagée.

Certains légistes sont souvent plus ingénieux que les hommes de bon sens. Des légistes ont donc imaginé de découvrir que le capitaine avec lequel j'ai contracté, qui s'est obligé à transporter mes marchandises pour un prix convenu, est *mon mandataire*.

L'invention est bizarre. Elle eût mérité un brevet à l'inventeur. La Compagnie P. L. M. est donc aussi mon mandataire pour les colis que je lui confie. Elle est mon mandataire lorsque je la charge de transporter ma propre personne. Le cocher de fiacre à qui je fais signe sur la place devient mon mandataire et sans doute aussi mon préposé. Le conducteur d'omnibus n'est pas le préposé de la compagnie des omnibus, mais celui de ses vingt-quatre voyageurs. Quand je jette des lettres dans la boîte, le ministère des postes et des télégraphes est mon mandataire, et com-

Digitized by Google

bien de préposés n'ai-je pas, parmi les employés et les facteurs? Si ma lettre recommandée est volée, elle l'aura été par mon mandataire.

Je reviens au capitaine. Comme il est certain que le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, (article 1999 du Code civil), je serai donc tenu de rembourser au capitaine les dépenses quelconques qu'il aura faites pour mes marchandises, et, aux termes du second paragraphe dudit article, je ne pourrai pas me dispenser de ce remboursement *lors même que l'affaire n'aurait pas réussi*. Voilà ce qui m'est gravement enseigné par des légistes, — et ce qui ne laisserait pas que de m'inquiéter, si c'était vrai. Il n'y a au raisonnement qu'un seul petit défaut. La prémisse est absolument fausse, le capitaine *n'est pas mon mandataire*. Il ne l'est pas plus que le cocher de fiacre ni le conducteur d'omnibus. A cela près, l'argumentation est parfaite.

J'ouvre le Code civil et lis à l'art. 1984 la définition du mandat. *C'est* « *un acte* par lequel une personne donne à une autre « *le pouvoir* de faire quelque chose *pour le mandant et en son* « *nom.* » Je suis certain de n'avoir donné au capitaine, par aucun acte, le pouvoir de rien faire en mon nom. J'ai beau lire ma charte-partie, si j'en ai signé une, ou mon connaissement, je vois à quoi s'est obligé le capitaine, en son nom et au nom de ses armateurs : à transporter mes marchandises. Je vois à quoi je me suis obligé : à lui payer le prix du transport ou le fret. De mandat, je n'en aperçois pas trace.

Je lis à l'article 2003 du Code civil que le mandat finit.... *par la révocation du mandataire*. Tous les légistes enseignent avec raison qu'il est de l'essence du mandat d'être révocable. Je serais curieux qu'ils voulussent bien me dire comment je m'y prendrais pour révoquer le capitaine.

Et cependant il est vrai que des auteurs, se copiant les uns les autres, des jurisconsultes, des monuments judiciaires s'en vont répétant étourdiment cette banalité fausse, que le capitaine, en cas d'accident de mer, devient le mandataire des chargeurs *et des assureurs*. Car l'étourderie est allée jusqu'à ce comble, d'ajouter que le capitaine est aussi le mandataire *des assureurs!*

Digitized by Google

Le capitaine est presque toujours *l'adversaire* des assureurs. D'abord, de ceux *du navire*. Le capitaine du navire à voiles, le seul navire connu du législateur, est très souvent copropriétaire, souvent propriétaire unique du navire. Il est alors personnellement contractant dans les assurances, et, en cas de litige, il est la partie adverse. S'il n'a pas d'intérêt de propriété, il est bien le mandataire et le préposé des armateurs assurés. Il reçoit leurs instructions et leurs ordres, il peut être congédié par eux, sans indemnité. (Article 218 du Code de commerce). Il est aussi l'adversaire des assureurs de la cargaison, lesquels ont un recours contre lui pour tous les dommages qui seraient de sa faute, et il est garant de ses fautes, mêmes légères. (Article 221). N'importe, on continue de répéter cette étourderie, cet outrage au bon sens qu'il est le mandataire des assureurs.

Il n'est pas plus le mandataire des chargeurs, dont il est pareillement la partie adverse, toutes les fois que ceux-ci imputent à sa faute le dommage, l'accident lui-même, le manque de soins, le retardement, ou qu'ils se défendent contre une prétention de contribution d'avarie commune. Les recueils de jurisprudence maritime sont remplis des contestations des capitaines et des chargeurs. C'est bien assez que, loin de tout contrôle, le capitaine se fasse son titre à lui-même, en rédigeant son rapport de mer et en décrivant les événements. De grâce, n'ajoutez pas cette énormité que lorsqu'il prépare une attaque contre les chargeurs, il est leur mandataire.

Aux termes de l'article 222 du Code de commerce, le capitaine est *responsable* des marchandises dont il se charge. Ainsi du voiturier, aux termes de l'article 103. Voilà, nettement formulée, la raison pour laquelle le capitaine doit, comme le voiturier, ses soins les plus vigilants à la marchandise, afin de dégager sa responsabilité, qui ne cesse, article 230, que par la preuve d'obstacles *de force majeure*. En présence de déclarations si fermes, si claires, il est étrange qu'on aille lui chercher des pouvoirs chimériques de mandataire.

Je trouve humiliant pour l'esprit humain que deux cents ans après l'Ordonnance de 1681, quatre-vingts ans après le Code de commerce, des légistes en soient à dire que le capitaine est le

Digitized by Google

mandataire des négociants dont il s'est obligé à prix d'argent, pour l'exercice de sa profession de capitaine, à transporter et à soigner les marchandises.

Je craindrais de m'exprimer avec cette vivacité, si je n'avais pour moi l'autorité d'un arrêt, non censuré, de Cour d'appel. Je lis ce qui suit dans un arrêt de la Cour de Caen du 15 janvier 1867 :

« Attendu que le capitaine *n'est pas le mandataire* des char-
« geurs ou affréteurs ; qu'il n'est pas choisi par eux ; qu'ils n'ont
« sur lui aucune autorité, et qu'ils n'ont pas la faculté, de le
« congédier ; qu'ils ne peuvent être assimilés, sous aucun rap-
« port, à l'armateur, lequel choisit le capitaine et le renvoie
« même sans indemnité, ainsi que l'article 218 du Code de com-
« merce lui en confère le droit ;

« Qu'aussi l'article 234 énonce-t-il que le capitaine représente
« le propriétaire du navire ; que, de plus, l'article 216 décide
« que tout propriétaire de navire est civilement responsable des
« faits du capitaine et tenu des engagements contractés par ce
« dernier ;

« Mais qu'il n'existe dans le Livre 2 du Code de commerce au-
« cune disposition analogue concernant les chargeurs et affré-
« teurs. »

Voilà du bon sens et de la vérité qui m'inondent de lumière, des textes bien lus, cités à propos, et la contradiction ne peut être que de l'étourderie.

Les faits suivants ont cependant donné lieu à la contradiction.

MM. Montricher et Cie, négociants à Marseille, étaient les propriétaires d'un chargement de bois du Canada, mis à bord du navire anglais *Putnam*, pour le voyage de Québec à Marseille.

Peu après son départ, le navire fut abandonné en mer par son équipage. C'était, paraît-il, une panique assez inconsidérée, puisque le navire, rencontré flottant par un vapeur, fut remorqué à Sidney, où l'équipage en reprit possession. Il en coûta des dépenses de sauvetage et de réparations.

Le capitaine n'avait certainement pas d'argent à bord ni de crédit personnel. Livré à lui-même, il n'aurait eu, pour acquitter

Digitized by Google

ces dépenses, que la ressource de rechercher un prêt à la grosse. Les armateurs de Liverpool, avertis, jugèrent à propos d'ouvrir un crédit et de tout payer, ce à quoi rien ne les obligeait directement.

Je suis bien certain qu'ils prirent conseil de leur intérêt, non de celui des négociants de Marseille. Comme l'Angleterre ne connaît pas la faculté de libération de l'article 216, comme les armateurs y sont responsables, indéfiniment, des fautes de leurs capitaines, je suis porté à croire que les armateurs du *Putnam* se sentaient responsables de l'abandon précipité du navire et payaient par prudence. Au surplus, que leur détermination fût prudente ou téméraire, elle était libre, non concertée avec les propriétaires de la cargaison, aux intérêts desquels les armateurs de Liverpool ne songeaient assurément pas à se dévouer.

Le navire remit à la voile et fit naufrage au détroit de Gibraltar. Je n'accuse pas le capitaine, les circonstances m'étant trop mal connues. Je dis seulement que si le premier événement, l'affolement de la désertion du navire, n'est pas à son honneur, le second, un naufrage sur un passage aussi frayé, aussi éclairé de phares que le détroit de Gibraltar, n'est pas non plus une présomption d'habileté. Je ne confierais pas volontiers un navire à conduire à ce navigateur.

Des bois sont une marchandise qu'il est toujours matériellement possible de sauver d'un naufrage à la côte. Il ne s'agit que de payer les frais. Les bois du *Putnam* purent donc être extraits de l'épave, et recueillis. Ils furent rechargés sur un autre navire anglais, le *Roycroft*, qui parvint à Marseille, sans nouvelles mésaventures.

Certes, le capitaine du *Putnam* n'avait pas plus d'argent à Gibraltar qu'à Sidney, et ce n'est pas son naufrage qui lui aurait donné plus de crédit personnel. Il eût été absolument impuissant à solder les dépenses du sauvetage et de la réexpédition. Il n'aurait encore eu que la ressource, après avoir tenté des entrepreneurs de sauvetage à forfait, de tenter un emprunt à la grosse, et, à défaut de sauveteurs et de prêteurs, la cargaison eût été vendue à Gibraltar. Le capitaine n'avait aucun autre devoir, sauf celui d'avertir de la situation les destinataires s'il les connaissait,

Digitized by Google

ni aucun autre moyen d'accomplir le devoir de sa charge.

Destinataires et armateurs furent avertis. Qui intervint? Les armateurs de Liverpool. De nouveau ils jugèrent à propos d'ouvrir un crédit, de donner des instructions et de tout payer, sans y être plus obligés directement qu'à Sidney. De nouveau ils prirent, prudemment ou imprudemment, conseil de ce qu'ils crurent être leur intérêt, et ils furent assurément bien éloignés de la pensée de se dévouer à l'intérêt des propriétaires de la cargaison.

Je place en effet ici cette observation très importante de fait qui paraît avoir échappé aux juges des trois degrés de juridiction et aux commentateurs de leurs décisions. C'est que le capitaine du *Putnam*, le prétendu mandataire des propriétaires de la cargaison. n'a rien fait autre chose que de faire deux fois naufrage. Ce n'est pas lui qui a payé les dépenses. Je suis bien convaincu que ce n'est pas davantage lui qui a sauvé les bois. Il n'en avait pas plus les moyens que de payer. S'il s'était vraiment dévoué, sacrifié, par des efforts personnels et des avances personnelles, au mandat qu'il aurait cru avoir, sa situation, sans être meilleure en droit, serait au moins favorable. Tout cela est fiction et haute fantaisie. Le prétendu mandataire n'a pas déboursé une piastre ni recueilli un madrier. Ses armateurs de Liverpool, bien ou mal inspirés, appréciant bien ou mal leurs intérêts, ont tout fait par leurs agents de Gibraltar et tout payé.

Je supplie donc le lecteur d'écarter de son esprit la fantasmagorie du capitaine victime de son zèle, du mandataire dévoué, et désavoué, qui s'est sacrifié à des chargeurs ingrats. Les capitaines, en leur qualité de marins, sont capables de grands dévouements, capables d'héroïsme, mais pas en ce genre niais. On n'en a jamais vu, on n'en verra jamais se mettre en avances de grosses sommes pour le compte d'un chargeur. Il y en a une excellente raison qui dispenserait d'en exposer d'autres. Ils n'ont pas d'argent.

La cargaison arrive donc à Marseille, avec le *Roycroft*. Le capitaine du *Putnam*, le prétendu mandataire, s'est effacé, a disparu. C'est le capitaine du *Roycroft*, assisté des armateurs de Liverpool, qui, en mettant la cargaison, incomplète et avariée, à la disposition de MM. Montricher et Cie, leur présente une modeste carte à payer..... d'environ 90,000 francs.

Digitized by Google

MM. Montricher et Cie estiment que la cargaison qu'on leur apporte est loin de valoir cette somme. Ils refusent de prendre livraison et ils refusent de payer. Ils sont assignés par qui? Par les armateurs de Lierpool. Le débat est entre négociants.

MM. Montricher et Cie opposent pour leur défense que les demandeurs n'ont contre eux aucune action personnelle, au-delà de la valeur de la cargaison. Ils déclarent se libérer en leur abandonnant la cargaison.

Au premier abord, ces deux termes de la défense semblent se confondre et être l'expression de la même pensée. Si j'y réfléchis, je les trouve très distincts, tellement distincts que le premier seul est solide, et amplement suffisant. Le second, qui est inutile, me paraît, au point de vue des principes, une erreur juridique.

L'abandon libératoire est en effet une faculté exceptionnelle, exorbitante du droit commun, qui ne saurait être étendue au-delà des cas expressément prévus par la loi, et qui a des caractères propres. L'abandon, ainsi que je l'ai établi récemment, (*Questions de droit maritime*, 3e volume, page 304), est par lui-même *translatif de propriété*. Il est un acte. L'abstention d'un négociant, refusant de prendre livraison d'une marchandise, n'a aucunement ce caractère.

On va voir se dégager nettement la distinction des deux moyens de défense.

Par un jugement du 15 novembre 1880[1], le tribunal de commerce de Marseille a rejeté la demande des armateurs de Liverpool.

Le jugement ne s'avise pas de la remarque que ce sont les armateurs, non le capitaine, qui ont agi et qui ont avancé les fonds. Il ne dit pas un mot de la question de savoir si le capitaine est le mandataire des chargeurs. Probablement les demandeurs n'avaient pas articulé cette hérésie, qu'implicitement cependant le jugement condamne de la manière suivante : « Le « capitaine avait un intérêt spécial au sauvetage des marchan- « dises dont la perte eût entraîné celle de son fret et celle du « droit d'exiger une contribution pour les avaries communes

[1] *Journal de Jurisprudence de Marseille*, 1881, 1re partie, page 47.

Digitized by Google

« antérieures... Le capitaine peut se trouver en opposition « d'intérêts avec le chargeur dans une entreprise qui ne se « réalise que par des dépenses exceptionnelles. Alors, s'il « consulte son intérêt *ou s'il agit témérairement*, il prend *à ses* « *risques* toutes les dépenses qui rendraient la situation du char- « geur pire que s'il n'y avait pas eu de sauvetage. »

C'est le meilleur argument du jugement. Il est péremptoire. Il acquiert encore plus de force par l'observation que ce sont les armateurs de Liverpool *qui ont agi témérairement*, et non le capitaine.

Aussi le jugement, s'apercevant cette fois que c'est l'armateur qui plaide, conclut excellemment en disant « que *l'armateur* n'a « pas d'action pour les frais excédant les valeurs sauvées. »

A mon avis, il aurait dû s'en tenir là. Mais il embarrasse le dispositif d'une mention inutile de *l'abandon* fait des marchandises. C'était tenter les légistes d'une Cour d'appel de discuter une doctrine juridique.

Il y a eu appel, et arrêt *infirmatif* de la Cour d'Aix, en date du 28 mars 1881. La Cour s'empresse de saisir l'occasion, d'attaquer le point faible, le défaut de la cuirasse du jugement. L'arrêt dit dès les premiers mots :

« Sur le moyen tiré *du prétendu droit* d'abandonner la mar- « chandise.

« Attendu que la faculté d'abandon est un moyen exceptionnel « de libération qu'il n'est pas permis d'étendre par assimilation « et par analogie à d'autres cas que ceux pour lesquels il a été « spécialement autorisé par la loi ; — Attendu que les articles « 216, 310 et 369 sont les seuls dans le Code de commerce qui « autorisent l'abandon dans les cas qu'ils déterminent ; qu'au- « cun de ces articles ne l'autorise pour le cas présent, etc. »

Je ne sais pas du tout ce que vient faire là l'article 369, lequel, susceptible de toutes les dérogations des conventions privées, est relatif au *délaissement* à faire aux assureurs, non à *l'abandon libératoire* fait aux créanciers. Il paraît que la Cour d'Aix ne se doute pas de la différence. Je le regrette pour elle. Sauf cette citation malencontreuse de l'art. 369, je trouve sans réplique, sur le terrain juridique, l'argumentation ci-dessus.

Digitized by Google

Mais voici que l'arrêt tombe aussitôt dans une seconde étourderie, dans la contre-vérité, dans l'erreur banale que j'ai déjà signalée : « Attendu que le capitaine *est le mandataire* de tous « les intéressés au navire *et au chargement.* »

Je n'ai pas besoin d'aller plus loin. Puisque la Cour voit dans le capitaine le *mandataire* d'honnêtes négociants de Marseille, chargeurs de la cargaison, puisque de plus elle ne sait pas voir que ce sont d'autres négociants, les armateurs de Liverpool, qui plaident, il est bien clair qu'elle va condamner les négociants de Marseille à payer les témérités *de leur mandataire.* Et en effet, elle a condamné les négociants français, déjà dépossédés de leur cargaison, à payer aux négociants anglais la modeste somme de 85,000 francs, avec intérêts à 6 0/0 et dépens. On ne dira pas, en Angleterre, que la partialité patriotique préside aux décisions de la Cour d'Aix.

J'ai trop la passion de la justice pour y mettre aucune partialité patriotique. Je déclare que c'est une énormité basée sur une erreur juridique, le prétendu caractère de mandataire du capitaine.

Je voudrais bien respecter également la Cour de Caen et la Cour d'Aix. Cela ne m'est pas possible. L'une dit : *le capitaine n'est pas le mandataire des chargeurs.* L'autre *le capitaine est le mandataire de tous les intéressés au chargement.* Il faut bien que je choisisse entre deux affirmations contraires. Mon choix n'est pas difficile. La Cour de Caen est dans la vérité. La Cour d'Aix s'égare.

Il y a eu pourvoi. Par un arrêt du 2 avril 1884, la Chambre civile de la Cour de cassation, sur les conclusions conformes de M. Arthur Desjardins, l'éminent avocat général, a brisé l'arrêt de la Cour d'Aix. L'arrêt de cassation est conçu dans les termes suivants :

« Vu les articles 401 et 404 du Code de commerce. Attendu « qu'il résulte de la combinaison de ces articles que le règlement « des avaries soit communes, soit particulières, ne donne en « principe ouverture contre l'affréteur qu'à une action purement « réelle dont l'exercice ne peut être poursuivi que sur les mar- « chandises qui ont fait le sujet du contrat d'affrétement, ce qui

Digitized by Google

« exclut, par conséquent, toute action personnelle pouvant affec-
« ter la fortune de terre ; qu'il suit de là que l'affréteur ne sau-
« rait être obligé au paiement des frais de sauvetage de ses
« marchandises pour une somme supérieure à leur valeur ou à
« leur prix, que dès lors, en décidant le contraire, l'arrêt atta-
« qué a violé les dispositions de la loi susvisée. Par ces motifs,
« casse. »

Je n'ai pas besoin de dire que j'approuve hautement la solution. Je me permets de trouver l'arrêt insuffisamment et même faiblement motivé. Il affirme plus qu'il n'argumente. Il pose *en principe* qu'un règlement d'avaries ne donne lieu contre l'affréteur qu'à une action *purement réelle*, ce qui exclut *toute action personnelle* pouvant affecter la fortune de terre. C'est bien absolu, je le serais peut-être moins, suivant les circonstances des espèces. En tout cas, je ne vois pas que ce *principe* jaillisse bien clairement de la combinaison des articles 401 et 404 du Code de commerce, seuls visés par l'arrêt.

Le premier dit à la vérité :

« Les avaries communes *sont supportées par les marchandises*
« et par la moitié du navire et du fret. » Ceci semble en effet exclure l'action personnelle, mais l'art. 404 a une tout autre rédaction. Il porte :

« Les avaries particulières sont supportées et payées *par le*
« *propriétaire* de la chose qui a essuyé le dommage ou occa-
« sionné la dépense. »

Voici donc que les avaries ne sont plus seulement supportées *par les marchandises*, comme sous l'art. 401 ; elles sont supportées et payées *par le propriétaire*. *Supportées*, quand la chose a essuyé un dommage. *Payées*, quand elle a occasionné une dépense. C'est bien ce que dit l'art. 404. Or, une dépense qui sera *payée par le propriétaire*, cela ressemble singulièrement, je l'avoue, à une action personnelle. Les armateurs de Liverpool ne demandaient qu'à faire payer aux propriétaires des bois les dépenses de sauvetage occasionnées par les bois. Ils avaient pour eux le texte de l'art. 404.

Y a-t-il eu, chez les rédacteurs des articles 401 et 404, une intention qui ait présidé à la différence si tranchée des textes ? Le

Digitized by Google

législateur a-t-il voulu conférer seulement l'*action réelle* par l'art. 401, et conférer l'*action personnelle* par l'art. 404 ? Je ne le pense assurément pas, il a cru dire des équivalents. Mais un légiste, sans être trop subtil, pourra s'armer de la différence des textes. Quant à les combiner, ainsi que le fait l'arrêt de la Cour de cassation, pour les inspirer de la même pensée en les éclairant l'un par l'autre, je trouverais aussi facile, et grammaticalement plus satisfaisant, de suppléer l'action personnelle, comme sous-entendue, dans l'art. 401, que de la supprimer dans l'article 404, où elle semble bien clairement indiquée.

Je rappellerai de plus qu'il y a même des cas très fréquents où, pour les contributions d'avaries communes, l'*action réelle* fait absolument défaut. Les marchandises jetées sont remboursées par le règlement, mais à charge de supporter leur contribution proportionnelle. Que peut être l'*action réelle* sur des marchandises jetées, détruites, enfouies au fond de la mer, sur des choses qui n'existent pas ?

Si le capitaine pouvait se prétendre *le mandataire* des chargeurs, ceux-ci seraient donc bien mal protégés par les articles 401 et 404, le mandat conférant certainement une action personnelle contre les mandants. De cette question du mandat, l'arrêt de cassation n'a pas dit un mot. C'était la question.

Je me sens, au surplus, très peu tenté de suivre les auteurs dans la savante distinction, d'ordinaire agrémentée de latin, des actions personnelles, des actions réelles et de celles qui sont à la fois l'un et l'autre. A mes yeux il y a là beaucoup de logomachie. Toutes les actions me semblent personnelles, même quand elles sont limitées dans leurs effets utiles à la valeur de la chose. On n'assigne pas une chose, on assigne une personne. L'action des créanciers contre les armateurs est personnelle, jusqu'à ce que ceux-ci se soient affranchis de leur obligation par un acte personnel d'abandon. Je ferais volontiers exception pour le prêteur à la grosse auquel le capitaine a donné la cargaison en gage. Le prêteur n'a certainement pas d'action personnelle contre le propriétaire de la cargaison. La vérité est qu'il n'a contre lui aucune action quelconque, ne s'embarrassant pas même de savoir où réside le propriétaire ni quel est son nom. Il saisit le gage et s'en empare.

Digitized by Google

En définitive, les magistrats de la Cour de cassation ont jugé, dans leur bon sens, dans leur équité, que les négociants de Marseille avaient été injustement condamnés, en quoi je suis entièrement de l'avis de la Cour. Ils ont cherché des moyens de cassation. Je ne trouve pas que le résultat de cette recherche ait été heureux. L'arrêt n'est pas solidement motivé.

La discussion a continué entre les jurisconsultes. M. C. Levillain, dans une note du recueil Dalloz, a défendu la doctrine de la Cour d'Aix, M. Ch. Lyon-Caen, dans une note du recueil Sirey, s'est prononcé pour l'arrêt de la Cour de cassation.

M. C. Levillain écrit dès les premiers mots : « MANDATAIRE « des chargeurs pour tout ce qui a trait à la conservation et au « transport des marchandises, le capitaine, etc. »

Ainsi que je le disais ci-dessus, après une citation semblable de l'arrêt d'Aix, je n'ai pas besoin d'aller plus loin. Il est bien clair que, pour le savant annotateur, la cause est entendue.

Je lui accorde immédiatement que puisque tel est son point de départ, toute son argumentation va être parfaite et irréfutable. Ce n'est pas moi qui lui contesterai que le mandant est tenu de rembourser les dépenses avancées par le mandataire, et cela encore bien que l'affaire n'ait pas réussi. A peine lui ferai-je observer timidement que, dans l'espèce, les dépenses ont été avancées par les armateurs de Liverpool et nullement par le capitaine. Il me répondrait, en légiste, que les armateurs étaient des mandataires substitués. Je sourirai bien encore un peu de ce capitaine, qui est le mandataire incontesté de l'armateur, se substituant son propre mandant dans le prétendu mandat des chargeurs. Mais en vérité, je le confesse, je ne souris pas, je suis confondu, presque affligé d'entendre un habile jurisconsulte, un professeur de droit commercial, mêlé, dans un grand port de mer, à la pratique des choses, répéter cette erreur banale des vieux auteurs. Il n'a donc pas lu l'arrêt de la Cour de Caen du 15 janvier 1867 ? Ou, l'ayant lu, il n'adhère pas à une doctrine si ferme et si lumineuse? Comme j'y adhère de toutes les forces de la conviction la plus vive, je n'ai qu'à passer outre, sans suivre l'annotateur dans des développements qui seront certainement, en eux-mêmes, d'une logique indiscutable.

Digitized by Google

Je passe donc à la note de son contradicteur M. Ch. Lyon-Caen, m'attendant à la satisfaction de trouver mes opinions affermies par une autorité que je tiens en haute estime. Voici que je suis un moment étonné, inquiet. Je lis encore en effet : « Le capitaine n'est pas seulement le mandataire de l'ar-« mateur qui le prépose à la direction de son navire, il est « aussi... *le mandataire des chargeurs!* » Les traditions d'école sont donc bien puissantes! Vais-je rester isolé dans ma négation? Soutenu que je suis par l'arrêt de la Cour de Caen, sur laquelle me paraît planer le grand esprit de M. Demolombe, je déclare que je ne serai pas ébranlé. Mais comment va s'y prendre l'habile professeur de la Faculté de Paris pour exonérer les mandants, s'il reconnaît le mandat?

Tout à coup, je me rassure. Je n'avais pas bien lu. Je relis, M. Ch. Lyon-Caen a écrit : « Il est aussi, *dans une certaine* « *mesure*, le mandataire des chargeurs. » Ceci n'est plus très compromettant. La langue française présente cette bizarrerie qu'*une certaine mesure* signifie *une mesure incertaine*. De même qu'un quasi-contrat n'est pas un contrat, un mandataire *dans une certaine mesure* n'est pas un mandataire. Il a un autre nom, il est un *negotiorum gestor* ou un gérant d'affaires. Je me permets d'engager M. Ch. Lyon-Caen à éviter la confusion des mots, à se pénétrer de l'arrêt de Caen, et à convenir que le capitaine n'est, *dans aucune mesure*, le mandataire des chargeurs. La solution sur laquelle nous sommes d'accord sera beaucoup plus aisée.

Le capitaine, je l'ai déjà dit quelque part, peut être un *negotiorum gestor* pour ses affréteurs. Oui, quand il fait plus et autre chose que les devoirs de sa charge. Si, par exemple, il a de l'argent et le débourse, du crédit personnel et l'engage, comme rien ne l'y oblige, il est un gérant d'affaires. Je ne recule devant aucune des conséquences de cette hypothèse. Comme tout gérant d'affaires de la vie civile, il peut avoir une action personnelle, et les tribunaux seront juges de l'opportunité, de l'*utilité* de la dépense, aux termes de l'art. 1375 du Code civil. Ce n'est pas là du droit maritime, c'est du droit commun. Ce sera extrêmement rare et M. Ch. Lyon-Caen se trompe en disant que la question a *une importance pratique considérable*.

Digitized by Google

On ne voit guère le capitaine avancer son argent ni engager son crédit pour ses chargeurs, il ne possède ni l'un ni l'autre et ne se compromettrait d'ailleurs pas pour autrui. N'attendez pas de lui cette chevalerie. Quand il accomplit les devoirs de sa charge, les strictes obligations que lui impose le Code de commerce, sous menace de responsabilité personnelle, c'est lui-même qu'il protège. Il n'est pas plus *negotiorum gestor* que mandataire. Vous risquerez peu d'ajouter que lorsqu'il travaille à sauver sa cargaison, il travaille à sauver son fret, qui en dépend.

Quand il le peut, quand il trouve des prêteurs, il emprunte à la grosse. C'est encore un devoir de sa charge. Il n'oblige pas les propriétaires de la cargaison affectée à la sûreté du prêt, précisément parce qu'il n'est pas leur mandataire. Point n'est besoin d'une autre raison.

Voici que j'ai le plaisir de me rencontrer bien d'accord avec M. Ch. Lyon-Caen. « Nous adoptons la solution de la Chambre « civile. Mais il nous semble que les motifs sont insuffisants ou « peu clairs... L'argument tiré des articles 401 et 404 ne nous « semble pas bien intelligible. »

C'est exactement ce que j'écrivais. « La Chambre civile a sans « doute pris l'expression *action réelle* dans un sens détourné où « l'employaient déjà nos anciens auteurs, lorsqu'ils disaient que « l'action en contribution est réelle de sa nature ou *in rem* « *scripta*. Il y a là une formule obscure et amphibologique « encore usitée dans les ouvrages contemporains, mais dont « nous croyons utile d'éviter l'emploi. Elle jette sur la question « une obscurité fâcheuse. La vérité est que l'action du capitaine « contre le chargeur, à raison, soit d'une avarie commune, soit « d'une dépense faite dans l'intérêt des marchandises, *est une* « *action personnelle*. » A merveille. C'est exactement ce que je pressentais, dans mon ignorance de profane, et ce que j'osais exprimer. J'avais parlé de logomachie, M. Ch. Lyon-Caen parle d'amphibologie. Mes critiques d'instinct pratique ne sont plus téméraires. Je suis charmé de les voir appuyées de l'autorité de l'éminent professeur.

Mais où j'ose témérairement me séparer de lui, c'est quand il cherche un argument dans l'article 216 en s'attachant à l'idée

Digitized by Google

d'abandon. C'est en effet l'argument le meilleur de l'adversaire, et l'on a vu avec quel empressement la Cour d'Aix l'a saisi. En principe, les propriétaires du navire sont responsables, personnellement responsables des faits et engagements du capitaine, parce que celui-ci est leur mandataire et leur préposé. Pour limiter cette responsabilité, une loi spéciale et d'exception a été nécessaire. Les propriétaires de marchandises ne sont pas responsables des faits et engagements du capitaine, *parce qu'il n'est ni leur mandataire ni leur préposé.* S'il était l'un ou l'autre, la loi limitative n'existant pas pour eux, leur responsabilité serait illimitée. La Cour d'Aix et M. Levillain auraient raison.

M. Ch. Lyon-Caen invoque l'analogie. Pourquoi, dit-il, le législateur n'aurait-il pas fait aux propriétaires de marchandises la même faveur en protégeant aussi *leur fortune de terre?* Pourquoi? Ce serait au législateur à répondre. Je constate qu'il ne leur a pas fait la même faveur, voilà tout. Quand je me suis prononcé si souvent contre les excès de l'esprit légiste, il est assez singulier que ce soit moi qui oppose à un éminent légiste, à un professeur la rigueur des principes. Le principe qu'on n'étend pas arbitrairement les lois d'exception me paraît, je l'avoue, ainsi qu'à la Cour d'Aix, à l'abri de la controverse.

Mais je ne serais pas embarrassé de répondre pour le législateur. Il n'a pas fait aux propriétaires de marchandises la même faveur, — parce qu'elle ne lui était pas demandée, parce qu'il n'y a pas eu chez eux d'intérêts sérieusement menacés, que par suite il n'y a eu de leur part ni émotion, ni plaintes, ni agitation des Chambres de commerce, ni pression électorale. Qu'on songe donc aux pressions qui ont arraché au législateur, en 1841, l'extension de l'article 216! Les propriétaires de marchandises sont plus nombreux que les armateurs. Ils se tenaient étrangers à ce mouvement. Ils ne témoignaient, ils n'éprouvaient aucune inquiétude. Ils avaient raison, parce que le capitaine *n'est pas leur mandataire ni leur préposé,* en sorte que je reviens toujours au nœud de la question.

Ah! si l'arrêt d'Aix n'était pas une erreur isolée, si la Cour de cassation ne l'avait pas brisé, s'il s'établissait une jurisprudence menaçant la sécurité des propriétaires de marchandises et les

Digitized by Google

déclarant indéfiniment responsables des faits du capitaine *leur mandataire*, c'est alors qu'on les verrait invoquer l'analogie *devant le législateur*, et solliciter la faculté d'abandon de l'art. 216, comme l'ont su faire les armateurs.

Peut-être parleraient-ils aussi de *leur fortune de terre*. On a tellement usé et abusé, sur l'article 216, de cette expression, reproduite par M. Ch. Lyon-Caen dans sa discussion, que je suis bien aise de saisir l'occasion de dire en passant ce que j'en pense. L'expression est absolument fausse, et je félicite le législateur de ne l'avoir introduite dans aucun texte. Les sociétés d'armements formées de nos jours ne possèdent *aucune fortune de terre*, elles n'ont que des navires, une fortune flottante, et ne seraient pas les moins ardentes à solliciter la protection de l'art. 216 si elles ne l'avaient déjà. Les armateurs possédaient d'ordinaire plusieurs navires. Je sais un armateur de Bordeaux qui en posséde quarante-trois. Il trouverait peu protectrice une loi qui ne limiterait sa responsabilité que par l'abandon de toute sa fortune flottante, en lui réservant *sa fortune de terre*. Quant aux propriétaires de marchandises, ils peuvent aussi avoir bien des cargaisons en mer et fort peu de fortune de terre.

L'expression est donc fausse, et devrait être évitée. L'idée de l'art. 216 a été de limiter la responsabilité personnelle par l'abandon *du seul navire* que commandait le capitaine mandataire, et de sauvegarder pour le surplus le crédit personnel de l'armateur, non point sa fortune de terre.

Je continue à lire la savante note de M. Ch. Lyon-Caen. Il remarque très justement que « aucune disposition légale ne donne « une solution formelle en ce qui concerne les droits du capitaine « contre les chargeurs, à raison d'actes faits par lui. » Sans doute, et j'ai dit pourquoi il n'en est pas besoin.

L'erreur me paraît être de chercher la solution dans le droit maritime, dans le Code de commerce. C'est du droit commun. Je ne connais non plus aucune disposition légale qui me protège formellement contre la poursuite d'un voisin ou d'un citoyen quelconque qui prétendra qu'il a sauvé, à ses frais, ma propriété d'un péril. Cela ne m'empêche pas de dormir tranquille, beaucoup moins troublé de cette éventualité que je pourrais l'être de tant

Digitized by Google

de responsabilités *illimitées* dont me menacent les articles 1382 et suivants du Code civil, et que M. Ch. Lyon-Caen ne propose pas de limiter par l'abandon. Si j'ai une voiture et un cocher, et si mon cocher, en mon absence, écrase des gens, je me croirai certes bien innocent. Je n'en serai pas quitte pour l'abandon de ma voiture. Du moins quand mon obligeant voisin, qui se sera mêlé de mes affaires, élèvera des prétentions, les juges apprécieront le service qu'il m'aura rendu. Cela suffit à ma sûreté. Ainsi du capitaine hypothétique, un peu légendaire, qui aura outrepassé les devoirs de sa charge en se mettant personnellement en avances de fonds pour mes marchandises. Je lui accorde de grand cœur toutes les actions réelles ou personnelles que l'on voudra, pourvu qu'elles soient limitées au service qu'il m'aura rendu. Cela ne m'inquiète guère, et je n'éprouve aucun besoin de demander davantage au législateur ni à la jurisprudence.

Ainsi l'a très bien réglé l'art. 1375 du Code civil. « Le maître « dont l'affaire a été *bien administrée* doit remplir les engagements « que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous « les engagements personnels qu'il a pris et lui rembourser toutes « les dépenses *utiles* ou *nécessaires* qu'il a faites. » J'accorderai encore de grand cœur que l'action du gérant est une action personnelle.

Ce sont donc essentiellement des questions de fait, d'appréciation, d'espèce, et il n'y avait pas autre chose dans le procès du *Putnam*. Les armateurs de Liverpool devaient perdre leur procès, parce qu'ils n'avaient rendu aucun service aux propriétaires de la cargaison. Etait-ce même bien l'affaire d'autrui qu'ils avaient gérée volontairement à leurs frais, et à si grands frais ? Non. On a entendu les très judicieuses observations du Tribunal de commerce. Les armateurs de Liverpool avaient été dirigés par leur propre intérêt, celui de sauver leur fret et les contributions antérieures, en en sauvant le gage. Ils ont eu un privilège sur le gage, tant d'après le droit spécial que d'après le principe général du 3e paragraphe de l'article 2102 du Code civil ; sont privilégiés..... *les frais faits pour la conservation de la chose*. Ils n'avaient aucune action au-delà, n'ayant rien fait d'*utile* pour les propriétaires. Ceux-ci leur disent : C'est bien assez que nous perdions

Digitized by Google

nos marchandises et ne vous le reprochions pas, nous ne vous devons rien pour vos agissements intéressés ou inconsidérés, pas même un remercîment, et vous n'avez fait pour nous aucune dépense *utile*.

Puisqu'on parle d'analogie, il y en a une bien frappante dans le droit spécial maritime. Aux termes de l'article 381 du Code de commerce, l'*assuré*, en cas de naufrage, *doit* travailler au recouvrement des effets naufragés. J'espère qu'un légiste ne prétendra pas que l'assuré est le mandataire de ses assureurs. Ils n'en a pas moins un devoir, une obligation, qui est bien un peu une obligation du droit naturel. Aussi, quoiqu'elle ne soit écrite que dans le Code maritime, je n'hésite pas à la déclarer applicable aux assurances terrestres. Apparemment, quand le feu éclate dans ma chambre, je dois tâcher de l'éteindre, si j'en ai les moyens, je dois tâcher de sauver ce que j'ai de plus de précieux, je dois envoyer chercher les pompiers. Je serais négligent et coupable de me croiser les bras en regardant brûler ma maison, sous prétexte qu'elle est assurée, sans apporter aucun secours. La sanction de cette obligation est encore dans une disposition du droit commun, dans l'article 1383 du Code civil : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé..... « *par sa négligence.* » Évidemment, l'obligation de l'assuré, comme celle du capitaine, se limite à ce qui est raisonnable et opportun, à ce qui le déchargera de reproche. Il n'est pas tenu à faire de l'héroïsme, à risquer sa vie ni sa fortune. Le second paragraphe de l'article 381 porte que : « les frais de recouvrement lui sont alloués *jusqu'à concurrence de la valeur des effets recouvrés.* » S'il a dépensé davantage, il n'a pas d'action pour le surplus, il a été téméraire, il n'a pas fait une dépense *utile*.

Je prie de remarquer qu'ici encore il n'est aucunement question d'abandon, mais de l'appréciation de l'*utilité* de la dépense. Je suppose que l'assuré ait sauvé ses portraits de famille, assurés pour une valeur de 3,000 francs. Il a dépensé pour cela mille francs de frais qu'il réclame aux assureurs. Ceux-ci, pour se dispenser de rembourser mille francs de frais, vont-ils abandonner à l'assuré, quoi ? Ses propres portraits de famille ? C'est la démonstration par l'absurde. Les assureurs devront les frais, jus-

Digitized by Google

qu'à concurrence de 3,000 francs, parce que, jusqu'à cette somme, les frais leur ont été utiles.

Je sais bien que les jurisconsultes subtilisent sur le mot *utile*. Je ne puis pas empêcher que ce soit un mot dont l'application appartient aux tribunaux suivant l'appréciation des faits. Les dépenses *utiles*, dit-on, ne sont pas celles qui, par l'événement, se sont trouvées finalement *profitables*, mais celles qui avaient le caractère *d'utilité* au moment où elles ont été faites. Si, en mon absence, un voisin bienveillant fait à ses frais quelques réparations urgentes à ma maison qui menace ruine, il sera bien mon créancier de ses avances, alors même que, quand il me les réclame, ma maison a péri par un incendie, en sorte que la dépense ne m'a pas été *profitable*.

Je n'ai aucune objection à une doctrine qui se complaît un peu au pays de la chimère, dans des divertissements particulièrement chers aux légistes. Les auteurs, se répétant de siècle en siècle, répétant Ulpien ou Tribonien, oublient volontiers le temps où ils vivent, le temps des timbres-poste, des chemins de fer et des télégrammes. Je ne connais pas, je n'ai jamais rencontré ce voisin bienveillant qui, à ses frais, réparerait ma maison pendant mon absence, dont la bienveillance ne se contenterait pas de m'avertir, par une lettre ou une dépêche, au prix de quelques centimes, qu'il ne s'aviserait pas, je pense, de me réclamer. Je ne connais pas davantage le capitaine qui, ayant de l'argent dans sa poche, l'emploie bénévolement et le risque pour rendre service à des négociants inconnus. Si, par aventure, ce personnage original, ce petit manteau bleu navigateur se rencontrait, je veux bien concéder aux auteurs que les tribunaux, appréciant le mérite plus que l'utilité finale du service rendu, *pourraient* accorder au capitaine une action, et une action personnelle, contre les propriétaires de la marchandise, encore bien que la marchandise eût ultérieurement péri. Je suis conséquent. Je refuserais aux propriétaires la faculté de se libérer par l'abandon, ne la trouvant écrite dans aucune loi. La concession n'effraiera pas beaucoup la masse des chargeurs, et elle ne ruinera personne.

Le procès du *Putnam* ressemble peu à cette hypothèse fantaisiste. Des négociants de Liverpool ont imprudemment avancé

Digitized by Google

de grands frais, dans l'espoir de sauver leur fret et inspirés par leur seul intérêt. Ils ont mal calculé. Ils réclament ces frais à des négociants de Marseille auxquels ils n'ont rendu aucun service. Ils devaient succomber, comme succomberait le prêteur qui aurait avancé imprudemment son argent sur un gage insuffisant. La marchandise est saisie, dévorée tout entière parce qu'elle est le gage, parce que les frais de sauvetage ou conservatoires sont privilégiés sur la chose. Pour le surplus, il n'y a pas de base à une action, ni un mandat, ni un service quelconque rendu par un gérant d'affaires.

Apparemment il faut que quelqu'un supporte la perte. Pourquoi la faire supporter aux négociants de Marseille, qui n'ont commis aucune imprudence, et en exonérer les négociants de Liverpool, qui ont mal calculé ? Le vin est tiré, il faut le boire. Qu'il soit bu par ceux qui l'ont tiré.

Il n'y a pas plus loin de Marseille à Gibraltar que de Liverpool. Si les négociants de Marseille, en apprenant l'événement, avaient envoyé à Gibraltar des instructions, un agent, du crédit, en prescrivant de sauver la cargaison à tout prix, apparemment ils auraient payé la note. Ils ne l'auraient répétée sur leurs assureurs, dans l'intérêt desquels ils auraient déclaré agir, que *jusqu'à concurrence de la valeur des effets recouvrés.*

Le capitaine du *Putnam,* à supposer que l'action eût été intentée en son nom, n'aurait pas eu plus de droits que les négociants de Liverpool et par les mêmes raisons. Il n'avait aucun mandat, il n'aurait été qu'un gérant d'affaires imprudent et *inutile.*

Telle est ma solution de bon sens. Elle est très simple et ne demande pas de science. Les négociants de Liverpool n'avaient pas d'action parce qu'ils n'avaient pas l'action. Le tribunal de commerce de Marseille avait très bien jugé l'espèce. Il a eu tort de parler de l'abandon, qui n'a rien à voir en cette matière. L'abandon libératoire, qui suppose la responsabilité préalable, ne concerne que les propriétaires *du navire* ou ceux des fûtailles vides. Une base plus solide de décision eût été de rappeler et d'affirmer, avec l'arrêt de la Cour de Caen du 15 janvier 1867, que le capitaine *n'est pas le mandataire* des chargeurs ou affréteurs.

Digitized by Google

Il me semblait vaguement que j'avais produit quelque part la même affirmation. Je viens de découvrir où, quand était déjà écrit le mémoire qui précède. Je demande la permission de me citer, pour mon propre agrément. Cela n'importe guère au lecteur, mais c'est toujours pour l'auteur une vive satisfaction de se retrouver d'accord avec lui-même.

Voici donc ce qu'en 1877, plusieurs années avant que fût né le procès du *Putnam*, j'écrivais page 221 de mon premier volume des *Questions de Droit maritime*.

« Je veux réclamer contre la proposition de l'arrêt qui porte « que les chargeurs sont représentés *par leur mandataire légal*, « le capitaine. J'ai bien lu cela dans certains commentateurs, « et lu aussi que le capitaine est *le mandataire légal* des assu- « reurs. À mes yeux, c'est une expression erronée, ou plutôt « une idée fausse. Où est la loi qui confère au capitaine un « mandat quelconque des chargeurs ou des assureurs?...

« Le capitaine a des devoirs et des obligations. Garant de ses « fautes, responsable des marchandises dont il se charge, il doit « sans doute, sous sa responsabilité, ses meilleurs soins aux « choses. En droit civil, le preneur, l'usufruitier doivent aussi « leurs meilleurs soins aux choses sans être pour cela manda- « taires du propriétaire ni de ses assureurs. Le capitaine n'est « pas plus le mandataire légal des chargeurs que le conducteur « d'un train de chemin de fer n'est le mandataire des expédi- « teurs ni des voyageurs. On devrait bannir du langage juridique « ces vaines fictions qui peuvent troubler l'entendement. »

Je n'ai pas changé d'avis. ALFRED DE COURCY.

BIBLIOGRAPHIE.

MANUEL DE DROIT CONSTITUTIONNEL.

Par M. SAINT-GIRONS, lauréat de l'Institut.

Compte-rendu par M. CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de Droit de Grenoble.

M. Saint-Girons, qui s'était révélé au public par une étude sur la séparation des pouvoirs, couronnée par l'Institut, nous donne aujourd'hui un manuel de Droit constitutionnel. Disons

Digitized by Google

d'abord que le titre de Manuel par lui adopté nous semble malheureux et de nature à discréditer l'ouvrage, aux yeux de certains lecteurs. Il éveille en effet la pensée d'une science quelque peu superficielle et rappelle ces étudiants qui, ne voyant que le diplôme et faisant bon marché des connaissances qu'il suppose, entassent fiévreusement dans leur mémoire des formules plus ou moins incohérentes, dont ils n'ont pas le loisir de pénétrer le sens. Le livre de M. Saint-Girons méritait un titre moins compromettant. Ce n'est pas un Manuel, dans l'acception contemporaine du mot. Il résume un enseignement consciencieux et profond. La brièveté n'a été ici pour l'auteur qu'une difficulté de plus et une difficulté particulièrement insurmontable.

M. Saint-Girons a dû se préoccuper vivement du plan à suivre pour cet enseignement nouveau. Il ne fallait pas compter sur le législateur, qui ne peut en ces matières servir de guide. L'ordre des textes n'existe pas. Autant de constitutions, autant de dispositions différentes des principes du droit politique. La constitution actuelle notamment, à la différence de ses innombrables devancières, ne contient point de déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle ne rappelle même pas les principes de 1789, comme l'avait fait la constitution de 1852. Tantôt, la constitution est contenue dans un monument législatif unique. Tantôt, comme il est arrivé en 1875, elle résulte d'une série de lois consacrant les diverses formules de l'expérience gouvernementale.

Il est même délicat de dire quelles questions doivent être surtout agitées, dans un cours de Droit constitutionnel. Suffit-il d'exposer l'organisation des pouvoirs publics et les rapports qui naissent de leur collaboration nécessaire, les conflits qu'engendre leur action simultanée et les procédés par lesquels la constitution résout ces conflits? Convient-il d'y joindre l'étude des libertés jugées nécessaires pour assurer la participation des citoyens au gouvernement du pays?

L'illustre M. Rossi avait ainsi compris jadis l'objet de son enseignement. Les droits des citoyens et les garanties qui en assurent l'exercice tenaient dans son cours la première place. Telle avait été aussi la pensée de M. Guizot, dans l'exposé des motifs du décret du 22 août 1834, instituant une chaire de Droit cons-

Digitized by Google

titutionnel à la Faculté de Paris : « L'objet et la forme de cet enseignement, disait-il, sont déterminés par son titre même. C'est l'exposition de la Charte et des garanties individuelles, comme des institutions politiques qu'elle consacre. Ce n'est plus là pour nous un système philosophique, livré aux disputes des hommes. C'est une loi écrite, reconnue, qui peut et doit être expliquée, commentée aussi bien que la loi civile, et toute autre partie de notre législation. Un tel enseignement à la fois vaste et précis, fondé sur le Droit public national et sur les leçons de l'histoire, susceptible de s'étendre par les comparaisons et les analogies étrangères, doit substituer aux erreurs de l'ignorance et à la témérité des notions superficielles, des connaissances fortes et positives. »

M. Saint-Girons, considérant ce champ d'étude comme trop vaste, exclut de son livre l'étude des principes de 1789 : liberté de réunion et d'association, liberté de conscience, liberté de la la presse etc., « sauf peut-être, ajoute-t-il, à combler plus tard cette lacune par la publication d'un ou de plusieurs volumes sur les droits individuels des citoyens. » Ainsi, sans condamner la conception de M. Rossi et de M. Guizot et même en l'approuvant implicitement, il ne la met pas en pratique. A notre gré, il a eu raison. Sans doute, le Droit constitutionnel « compris dans son étendue naturelle, est celui qui règle la création, l'organisation et les attributions des pouvoirs publics, qui par suite détermine au moins en principe les garanties individuelles et les droits reconnus aux citoyens pour la conservation de leurs libertés ». Mais il ne faut pas oublier qu'actuellement, dans l'enseignement des Facultés de droit, les libertés publiques ont une place moins essentielle, mais cependant naturelle encore, dans les cours de Droit administratif et du Droit criminel. Les libertés forment comme une zone neutre entre le domaine propre du Droit administratif et du Droit pénal et le domaine du Droit constitutionnel. Celui-ci ne devait pas se rendre envahissant. Il a donc été sage de le réduire à son domaine véritable et incontesté qui est l'organisation des divers pouvoirs publics.

Etant donnée l'intelligence qu'il a eue des limites de son sujet, voici le plan qu'a adopté M. Saint-Girons, sous l'influence évi-

Digitized by Google

dente de ses études antérieures sur le principe de la séparation des pouvoirs.

Ayant défini le Droit constitutionnel, il pose le principe de la souveraineté nationale, base de nos institutions, distingue la souveraineté nationale du pouvoir constituant, et celui-ci du pouvoir législatif. Il aborde les divers problèmes que soulève la révision et discute à un point de vue élevé les conditions qu'elle doit réunir pour être salutaire. Vient ensuite la séparation des pouvoirs et la distinction des diverses formes qu'un gouvernement peut revêtir. L'auteur pénètre alors directement dans notre organisation gouvernementale actuelle. « *In medias res nos rapit.* » Un long chapitre est consacré au régime électoral. On est ainsi amené à l'étude du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et de leur collaboration nécessaire. Le pouvoir judiciaire qui, pour M. Saint-Girons, n'est qu'une branche du pouvoir exécutif, fait l'objet du chapitre final.

Sur tous les points successivement parcourus, M. Saint-Girons dit quelles doctrines ont été proposés par les publiciste, quelles solutions ont prévalu dans nos diverses constitutions depuis 1789, et enfin quel parti a été pris en 1875. Les rapprochements entre la constitution française et les constitutions étrangères sont fréquents. On le voit, on chercherait vainement dans ce livre un tableau historique général du développement du droit constitutionnel. On y chercherait vainement aussi un exposé d'ensemble d'une constitution étrangère, de la constitution anglaise, ou de la constitution américaine, par exemple. Toutes ces notions sont éparses. Il faut que le lecteur les rassemble lui-même. « Nous avons, dit M. Saint-Girons, systématiquement supprimé toute vue d'ensemble sur l'histoire des institutions politiques ou sur les législation étrangères. »

Nous n'avons assurément aucun parti pris contre ce plan qui a ses avantages. Il a le mérite d'épargner les redites que nécessiteraient les comparaisons, entre le Droit public français et le Droit public étranger, entre les principes anciens et les principes modernes. De plus, ces rapprochements pouvant être plus complets, l'esprit du lecteur en est mieux éclairé. Son jugement politique s'affermit par la contemplation simultanée des idées des

Digitized by Google

philosophes, des solutions positives de nos lois et des décisions admises à l'étranger.

On pourrait cependant concevoir une autre coordination des matières. Ne serait-il pas possible, par exemple, de consacrer une première partie, un premier livre, si l'on veut, aux doctrines de droit constitutionnel des philosophes. Dans une deuxième partie, se trouverait retracée à grands traits l'histoire de nos institutions nationales. Viendrait ensuite l'exposé de la constitution présente. Et, enfin, les législations étrangères rapprochées fermeraient la marche. Toutes les parties de la science politique, spéculative, historique et pratique, seraient ainsi tour à tour explorées.

Cette méthode aurait, selon nous, une netteté plus grande. Elle faciliterait pour tout le monde les recherches sur Droit ancien, le Droit moderne et le Droit étranger. N'est-il pas à craindre que le mélange des renseignements historiques, philosophiques et de législation comparée, avec les principes du Droit positif ne finisse par introduire quelque confusion dans l'esprit ?

Il nous paraît surtout regrettable que l'auteur n'ait pas consacré, même un chapitre de dimensions modestes, à l'organisation politique de l'ancienne France monarchique, avec son Conseil d'Etat, ses États généraux et ses parlements. Ne faisons pas croire à l'étudiaut que notre existence nationale, notre vie politique ne remontent qu'à 1789. Ce n'est pas cependant que l'auteur ait méconnu les influences historiques et les enseignements du passé dans la formation du Droit constitutionnel. « Le temps seul, dit-il quelque part (p. 30), fait les constitutions durables, adaptées aux besoins de la société. » On pourrait ajouter que l'enseignement du Droit constitutionnel doit être un enseignement surtout national, et que, pour avoir ce caractère, il doit faire une large place à l'histoire. L'exemple de l'Allemagne nous en donne la preuve. « La jeunesse, dit M. Laboulaye, dans sa biographie de M. de Savigny, ramenée à l'étude impartiale des institutions anciennes, l'éducation universitaire a pu devenir politique, sans inconvénient, et l'Allemagne a su se créer une force dans un enseignement que nous redoutons comme un danger. En exaltant le sentiment national, cet enseignement lui a donné une force, une vitalité, dont en France on ne soupçonne pas l'énergie. »

Digitized by Google

Le livre de M. Saint-Girons ne serait pas surchargé par de pareilles études. Il lui serait possible en effet de jeter du lest, en abrégeant certains développements. Notamment, sur la collaboration nécessaire du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, une exposition plus concise serait possible. Les mêmes idées se représentent au lecteur à deux reprises, une première fois dans le chapitre V, une seconde fois, dans le chapitre X. M. Saint-Girons s'est quelque peu attardé à l'exposition d'idées qui lui sont chères. Il lui arrive du reste souvent de redoubler l'expression de sa pensée qui de prime abord avait rencontré sous sa plume une formule élégante et énergique.

Beaucoup de problèmes déjà examinés, dans l'essai sur la séparation des pouvoirs, ont de nouveau préoccupé l'auteur du Manuel de Droit Constitutionnel. Sur l'un d'eux, celui de la gratuité des fonctions parlementaires, il semble que son opinion se soit modifiée. Nous avions signalé l'hostilité de M. Saint-Girons au principe de l'indemnité parlementaire. Cette hostilité paraît s'être notablement atténuée, si elle n'a pas tout à fait disdisparu. Aujourd'hui, il est enclin à admettre que les fonctions législatives, si absorbantes, soient équitablement indemnisées. « L'inconvénient de la gratuité, dit-il (p. 219), n'est pas de faciliter la corruption des représentants pauvres, mais d'empêcher les pauvres de devenir représentants : le Parlement est fermé aux professions libérales, à la classe moyenne, à tous ceux qui, au milieu de longs et pénibles travaux, ont oublié de s'enrichir. » «... Élu, Aristide ne se laissera certes pas corrompre ; mais avec la gratuité, consentira-t-il a être élu et s'il refuse, cette abstention ne sera-t-elle pas un malheur pour le pays ? » Une citation ingénieuse du testament politique de Richelieu est apportée à l'appui de la nouvelle opinion de l'auteur. Nous ne pouvons qu'applaudir à une conversion que nous avions sollicitée nous-même dans notre compte rendu de l'essai sur la séparation des pouvoirs.

Deux chapitres attireront plus spécialement l'attention. Le premier est celui de la révision (Chap. III, p. 25). Entre autres problèmes à l'ordre du jour de la presse et de la tribune, M. Saint-Girons discute la question de l'omnipotence de l'Assemblée nationale. Les deux Chambres de la Constitution de 1875

Digitized by Google

ont-elles, malgré leurs votes antérieurs, la plénitude du pouvoir constituant, dès qu'elles sont réunies en Assemblée nationale? L'Assemblée nationale n'est-elle, au contraire, qu'une Chambre d'enregistrement, solennelle par la rareté et la difficulté de ses réunions et le nombre imposant de ses membres, mais ne pouvant résoudre que les questions qui lui sont particulièrement posées? Il était intéressant de connaître le sens attaché par M. Saint-Girons au texte de l'art. 8 de la loi du 25 février 1875. La compétence que lui donnnent ses études antérieures donnait à son interprétation une incontestable autorité, M. Saint-Girons adopte la théorie préconisée à diverses reprises par la droite et l'extrême gauche. Suivant lui, « l'art. 8 ne s'oppose pas à un projet de révision limitée, mais il a bien plutôt l'air de supposer une révision illimitée. Il suffit d'ailleurs, ajoute-t-il, de connaître l'état d'esprit de ceux qui ont voté les lois de 1875. Ils ont voulu expressément laisser la porte ouverte à toutes les éventualités; ils n'ont voulu défendre aucune espérance ; ils ont fait une constitution d'attente pour la monarchie. » Ces derniers mots (où percent de discrètes sympathies pour un régime condamné) nous semblent un peu dépasser les bornes d'une saine interprétation juridique. Que l'espérance confuse d'un retour possible de la monarchie ait hanté l'esprit de quelques membres du centre droit, nous n'en saurions disconvenir. Mais il est téméraire de rechercher la pensée du législateur, dans les secrètes pensées du Corps législatif. Du reste, l'auteur conclut en disant que la difficulté n'a pas été prévue et qu'il n'existe dans les lois constitutionnelles aucun principe certain, pouvant conduire à une doctrine irréfutable.

Ce n'est point évidemment le lieu d'approfondir la discussion d'une aussi grave controverse. Il nous semble toutefois utile de constater que M. Saint-Girons a mis peu de complaisance à développer les arguments au moyen desquels les orateurs gouvernementaux ont combattu l'omnipotence de l'Assemblée nationale. L'article 8 nous paraît plus décisif et plus probant que ne le croit notre auteur. Il exige de la part de chaque Chambre une délibération distincte, préalable à leur réunion. Quel est le sens naturel de cette disposition? Elle veut dire que l'Assemblée natio-

Digitized by Google

nale ne peut se former qu'à la suite d'une entente, qu'en vertu d'un contrat politique intervenu entre les Chambres. Or, la loi n'a pas dit que ce contrat ne pourrait avoir qu'un objet unique : la réunion d'une Assemblée nationale pour réviser la Constitution en général, et elle ne pouvait pas le dire. Il n'était pas admissible que les Chambres dussent s'entendre pour se réunir, et ne pussent pas s'entendre sur les questions constitutionnelles qui devaient être agitées. Les particuliers qui s'assemblent pour former une société définissent l'objet de l'exploitation sociale.. Les deux premiers corps de l'Etat doivent savoir eux aussi, quand ils votent un Congrès, ce qu'ils veulent y faire. L'art. 8 ne peut se comprendre autrement.

La précédente Chambre des députés ne s'y était pas trompé, en 1879, lors du vote du retour à Paris, « Puisque le consentement des deux Chambres est nécessaire pour la réunion du Congrès, disait M. Méline (séance du 22 mars 1879), la révision ne peut s'opérer que dans la limite où ce consentement a été donné. Or si les deux Chambres ont été d'avis que la révision ne devait se faire qu'en partie, pour un article déterminé, elle ne saurait aller au-delà, car au-delà le consentement requis des deux Chambres ferait défaut et le Congrès serait manifestement illégal. La Constitution opposerait à toute manifestation de ce genre, si elle venait à se produire, un obstacle infranchissable. » Cette doctrine, gouvernementale, nous n'hésitons pas à le reconnaître, fût combattue surtout par les ennemis de la forme républicaine. Mais elle finit néanmoins par avoir l'assentiment des deux Chambres qui pensèrent que l'Assemblée nationale ne devait être qu'une Chambre d'enregistrement. — Deux ans après, le 15 novembre, M. Gambetta fit prévaloir les mêmes idées, malgré l'opposition de M. Clémenceau. » On ouvrirait la porte à toutes les aventures, en ne fixant pas d'avance les points précis, sur lesquels peut se faire l'accord entre le Sénat et la Chambre ! !... Il y a une nécessité de stabilité gouvernementale qui ne permet pas de remettre en question, à propos d'une modification, d'une amélioration jugée nécessaire, l'existence des pouvoirs publics, l'existence ou les pouvoirs de telle ou telle Chambre, l'existence de la présidence, de ses prérogatives, et de

Digitized by Google

transformer illégitimement, au détriment même des institutions que la France s'est données, une réforme modeste, en une immense agitation politique. » Il est donc permis de dire que sur notre Constitution, après neuf ans de durée, il s'est formé, comme par une sorte d'alluvion parlementaire, un droit coutumier conforme, selon le mot de M. Gambetta, à la nécessité de la stabilité gouvernementale. C'est un argument auquel ne pouvait rester indifférent M. Saint-Girons qui admire avec raison le caractère coutumier des institutions anglaises. — Du reste, l'obstacle à la compétence illimitée de l'Assemblée nationale, se trouve dans son organisation elle-même. Elle a pour bureau le bureau du Sénat. Que le bureau se retire si des questions étrangères à l'ordre du jour viennent en discussion. Que l'Assemblée dont les droits sont méconnus se retire elle-même. Il n'y a plus alors d'Assemblée nationale. Il n'y a plus qu'une Chambre isolée. Que devient alors l'omnipotence du Congrès ? — M. Saint-Girons aurait une tendance à donner le pouvoir constitutionnel au pouvoir législatif. Quel avantage pratique en retirerait-on ? Ne serait-il pas à craindre que l'organisation du pays ne fût sans cesse en question, au grand détriment des intérêts économiques qui se verraient oubliés ? Si les partis vivent de politique, a-t-on dit, les nations en meurent[1].

[1] On a contesté le précédent parlementaire de 1879. Il sera difficile de détruire la jurisprudence adoptée par le Sénat et la Chambre des députés et successivement par l'Assemblée nationale au mois d'août 1884. Il n'est pas possible de formuler nettement la règle de la compétence limitée du congrès, plus que l'a fait, devant l'Assemblée, M. Gerville-Réache, rapporteur du projet de révision : « Devant l'Assemblée nationale, dit-il, ne peuvent être légitimement discutés que les points que les deux Chambres ont limitativement déterminés... Le projet constitue un véritable ordre du jour de l'Assemblée nationale et il ne peut être permis pour la bonne marche et l'efficacité même de nos discussions de mettre en question tous les pouvoirs publics et toutes les lois du pays, à propos de quelques articles de la loi constitutionnelle. » Devant la Chambre des députés, M. Dreyfus n'a pas été moins affirmatif. « Il est clair, dit-il, dans la séance du 3 juin 1884 (*Journal officiel*, page 1289), que qui peut le plus peut le moins. On ne peut forcer personne à user de son droit et il serait étrange que la Chambre ne pût ouvrir le débat sur les quelques articles qu'elle veut voir modifier, sans exposer aux aventures la masse des dispositions qu'elle entend conserver

Digitized by Google

Nous nous permettrons, toujours à propos de la théorie de la révision, d'appeler l'attention de l'auteur sur une difficulté très ingénieusement soulevée au mois d'août dernier, par M. Andrieux. M. Saint-Girons nous dit (p. 65) que le projet de révision sera présenté à chaque Chambre séparement, par le ministère, à moins cependant que ce projet ne soit dû à l'initiative parlementaire. Il ne nous dit pas quel rôle ont à jouer devant l'Assemblée nationale les représentants du pouvoir exécutif. Ont-ils le droit de présenter un projet et de le soutenir, en posant au besoin la question de cabinet? M. Andrieux le leur a formellement dénié. La Commission n'a rien répondu, si ce n'est que les précédents admettaient l'intervention du pouvoir exécutif aux débats de l'assemblée de révision. Il nous a semblé que les arguments de M. Andrieux, laborieusement conçus et coordonnés dans un ensemble séduisant, méritaient un examen attentif. Nous n'oserions dire cependant s'ils sont de nature à convaincre. Il est évident que l'attitude active du ministère se concevrait si le pouvoir constituant appartenait au Parlement, comme en Angleterre. Le Gouvernement aurait alors le même rôle à jouer, en matière de lois constitutionnelles, qu'en matière de lois ordinaires. Depuis 1875, il en est autrement chez nous. Le pouvoir constituant, distinct du pouvoir législatif, doit aussi être indépendant du pouvoir exécutif. « Comment voulez-vous, dit M. Andrieux, qu'ils puissent (les

intactes. Ce serait prétendre lui interdire la modération au nom de sa toute puissance et la paralyser, avec son droit même. » Si la constitution de 1875 était obscure, il est bien permis de dire qu'elle a été expliquée par ses interprètes légitimes.

Nous pourrions du reste, aux arguments cités dans le texte, en joindre un dernier que nous emprunterions aux traditions de notre Droit politique national. La Constitution de 1791 avait proscrit la révision constitutionnelle totale, qu'un mouvement accidentel d'emportement aurait pu faire désirer. Le vœu de révision devait désigner les articles à réviser. (Voir les art. 1, 2 et 3 du titre VII de la Constitution du 3 septembre 1791). Au surplus, les hommes politiques qui auront à examiner et à résoudre ce grave problème feront bien de méditer ces sages paroles de Tocqueville : « Il y a dans la constitution de tous les peuples, quelle que soit du reste sa nature, un point où le législateur est obligé de s'en rapporter au bon sens et à la vertu des citoyens... Il n'y a pas de pays où les lois puissent tout prévoir et les institutions tenir lieu de la raison et des mœurs. » (Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, partie I, chap. VIII).

Digitized by Google

ministres) parler au nom et sous le couvert du Président de la République, alors que la présidence de la République peut être mise en question et supprimée par l'Assemblée nationale. » Les textes viennent à l'appui de cette manière de voir. Quand la loi du 25 février 1875 parle de l'exercice du pouvoir législatif elle ne manque pas de dire (art. 3) que l'initiative appartient au Président de la République, concurremment avec les deux Chambres. S'agit-il au contraire du pouvoir constituant, l'art 8 § 2 se contente de dire que les deux Chambres réunies en Assemblée nationale procéderont à la révision. Cela fait bien supposer qu'il ne saurait y avoir alors aucun projet ministériel. Nous sommes du reste encouragé dans cette interprétation par le § 4 de l'art. 8 qui apporte une dérogation au principe que nous supposons. Il y est dit que, pendant toute la durée des fonctions du maréchal de Mac-Mahon, l'Assemblée nationale ne pourra délibérer sur la révision des lois constitutionnelles que sur la proposition du Président de la République. La démission du Maréchal nous a fait rentrer dans le droit commun. La loi du 16 juillet 1875, sur les rapports des pouvoirs publics, nous paraît conçue dans le même esprit. Elle suppose toujours l'Assemblée nationale délibérant dans la plénitude de son indépendance et sans avoir en face d'elle le pouvoir exécutif. C'est ainsi que, selon la remarque qu'en fit M. Andrieux (Séance de l'Assemblée nationale du 7 août 1883, *J. Off.* du 8 août, p. 49), l'art. 6 prévoit les communications présidentielles avec les deux Chambres et ne fait aucune allusion à des messages qui pourraient être adressés à l'Assemblée nationale. L'art. 7 donne au chef de l'État un veto suspensif sur les décisions du pouvoir législatif. « Qui oserait soutenir, en l'absence d'un texte visant le congrès, que le Président a un droit de veto quelconque à l'égard des délibérations de cette Assemblée? » Ces raisons sont assurément dignes d'être méditées. Nous hésitons cependant beaucoup à admettre que telle ait été la volonté des constituants de 1875. Il n'est pas possible que l'exécutif soit condamné à l'inaction et à l'impuissance devant l'Assemblée nationale, saisie des problèmes les plus essentiels, tandis que devant chaque Chambre, prise isolement, il conserve encore son droit d'initiative, selon l'art. 8 § 1 de la loi du 25 février.

Digitized by Google

Signalons encore en terminant l'opinion de M. Saint-Girons sur la théorie des trois pouvoirs. Il n'en admet que deux, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, dont le pouvoir judiciaire ne serait qu'une branche. Cette opinion, il l'avait défendue déjà dans son essai couronné par l'Institut. Il la reprend dans son nouveau livre et la défend avec plus d'énergie encore.

Comme on le voit, chaque page soulève une des questions qui agitent nos sociétés politiques. L'ouvrage dont nous rendons compte est peut-être celui qui, avec des dimensions modestes et des prétentions plus modestes encore, peut le mieux nous mettre au courant des grandes controverses contemporaines. Ecrit avec élégance, par fois avec originalité, toujours net et précis, il est animé d'un souffle entièrement libéral. A coup sûr, les tendances de l'auteur ne sont point toujours favorables aux formes politiques actuelles. Mais, sauf à propos de la loi judiciaire du mois d'août 1883, il garde toujours son sang-froid et ses antipathies ne sont pas des hostilités systématiques. Il sait le cas échéant défendre le suffrage universel, contre les apppréciations injustes de certains publicistes qui ne sont certes par les adversaires politiques de l'auteur.

Il serait à désirer qu'un pareil livre fût lu et médité par tous ceux qui s'intéressent aux affaires publiques. Le nombre n'en est peut-être pas très considérable et l'on pourrait à propos de beaucoup de nos concitoyens rappeler la réflexion de Cicéron, dans son Traité de la République : *Isti enim palam dicere, atque in eo multum etiam gloriari solent, se de rationinibus rerum publicarum aut constituendarum, aut tuendarum, nihil nec didicisse unquam nec docere.* On a trop oublié que les affaires publiques sont les affaires de tout le monde. Peut-être, le livre de M. Saint-Girons secouera-t-il l'indifférence de quelques-uns et substituera-t-il, selon le mot de M. Guizot que nous citions en commençant, aux erreurs de l'ignorance et à la témérité des notions superficielles des connaissances fortes et positives.

CH. TESTOUD.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE.

(MATIÈRE DES SUCCESSIONS ET DES DONATIONS).

(Année 1883-1884).

Par M. J. E. Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Quelles questions ont été portées devant les tribunaux en matière de successions et de donations, et recueillies par les arrêtistes pendant l'année 1884? Quelle place doivent prendre les solutions émises dans la théorie générale du droit? Le rechercher est la tâche particulière qui nous est échue dans l'ensemble des résumés de jurisprudence que publie la *Revue critique*.

SUCCESSION BÉNÉFICIAIRE. — DROIT DE SAISIE DES CRÉANCIERS. — Cour d'appel de Rome 31 juillet 1883. (J. Pal. 1884. 2. 32).

L'héritier bénéficiaire n'a pas le droit de s'opposer à la saisie des biens de la succession par un créancier du défunt muni d'un titre exécutoire. Art. 803, C. civ.

Une succession est dévolue. L'héritier doute de la solvabilité du défunt; il accepte sous bénéfice d'inventaire; il dépose en quelque sorte le bilan de la succession qu'il recueille. Cet héritier veut, par dessus tout, mettre sa fortune propre à l'abri des poursuites des créanciers héréditaires; mais la loi craint que l'attribution à l'héritier de la propriété des biens du débiteur décédé, et que la faculté pour cet héritier de prendre possession de ces biens, ne compromettent l'intérêt des créanciers dont il prend ainsi le gage sans consentir à devenir leur débiteur personnel. Pour protéger les créanciers, la loi subordonne le maintien du bénéfice d'inventaire à l'observation par l'héritier de certaines formalités dans la disposition des biens héréditaires. Elle le constitue administrateur comptable de la succession envers les créanciers (art. 803, C. civ). Suivant une analogie déjà indiquée, nous comparerons le rôle de l'héritier bénéficiaire à celui du syndic en matière de faillite. La succession est en déconfiture; la liquidation et la répartition sont confiées à l'héritier comme à une sorte de syndic.

Digitized by Google

Un créancier du défunt muni d'un titre exécutoire pratique une saisie sur un immeuble. Cette saisie est-elle irrégulière et nulle comme le serait une saisie opérée par le créancier d'un commerçant failli? L'héritier bénéficiaire peut-il s'opposer à la continuation des poursuites, prétendant avoir seul mission de convertir en argent et de distribuer l'actif? La liquidation doit-elle se faire d'une façon collective par un représentant de la masse?

La question s'est élevée devant la Cour d'appel de Rome. Les textes de loi qu'il faut interpréter sont les mêmes en Italie qu'en France. Les magistrats italiens ont invoqué la jurisprudence française. Leur arrêt est un monument qu'il nous importe d'étudier.

Nous remarquerons que le créancier dont il s'agit dans la cause est un créancier chirographaire; il a un titre exécutoire; mais il n'a pas d'hypothèque. Le doute n'existerait pas à l'égard d'un créancier hypothécaire. La saisie pratiquée par ce dernier sur un immeuble non encore mis en vente par l'héritier, serait incontestablement valable. L'exercice du droit d'hypothèque ne rencontre aucun obstacle dans l'état de faillite ou de déconfiture du débiteur. L'hypothèque préserve le créancier des suites de l'insolvabilité du débiteur. Le créancier hypothécaire est en dehors de la masse pour laquelle les règles de la faillite et de la déconfiture ont été tracées. L'art. 571 du Code de commerce exprime cette immunité qui appartient à l'hypothèque : « à partir du jugement qui déclarera la faillite, les créanciers ne pourront « poursuivre l'expropriation des immeubles *sur lesquels ils « n'auront pas d'hypothèques.* »

Occupons-nous donc uniquement des créanciers chirographaires.

La mise d'une succession sous le régime du bénéfice d'inventaire arrête-t-elle les poursuites individuelles? Concentre-t-elle dans les mains de l'héritier bénéficiaire, les mesures destinées, par la vente des biens, à satisfaire les créanciers? — La Cour de Rome repousse l'affirmative; elle n'admet pas comme exacte et concluante l'analogie avec la faillite; elle déclare la saisie valable. Elle s'attache surtout à cette idée : L'héritier accepte sous

Digitized by Google

bénéfice d'inventaire dans son propre intérêt. Il a des précautions à prendre, des formalités à observer pour ne pas être déchu de son bénéfice. Mais il n'a pas de devoirs stricts et fermes envers les créanciers; il n'est pas leur représentant, leur défenseur, leur mandataire; car il peut, sans aucun changement de qualité, abandonner aux créanciers les biens de la succcession afin qu'ils se vengent eux-mêmes sur ces biens et qu'ils réalisent leur gage, comme bon leur semble (art. 802-1°, C. civ.).

La solution nous paraît juridique. Efforçons-nous toutefois de la mettre en harmonie avec quelques décisions de la justice française qui paraissent la contredire.

Il a été posé en thèse dans un arrêt ancien de notre Cour régulatrice, que le droit de mettre en vente les biens de la succession appartenait en principe à l'héritier bénéficiaire; que les créanciers ne pouvaient prendre l'initiative de poursuites que lorsque l'héritier était négligent (Cass. 4 déc. 1822, Coll. nouv. Devill. à la date. V. la note). Nous croyons préférable de dire que la saisie faite à la requête d'un créancier, avant aucune diligence de l'héritier, est valable; mais que si l'héritier démontre qu'il a besoin d'un certain temps pour mener à bien la liquidation et concilier l'intérêt collectif des créanciers avec le sien propre, un sursis pourra être ordonné. L'héritier pourra même être autorisé à prendre en main la suite de la procédure. La saisie ne sera pas levée. Afin d'opérer, s'il y a lieu, la vente des biens saisis, l'héritier devra, en temps opportun, comme subrogé, mettre à fin la procédure commencée par le créancier saisissant.

De même, si l'héritier a entamé la vente des biens et la laisse en suspens, un créancier pourra se faire subroger à l'héritier afin d'accélérer la marche de l'affaire.

Que l'on ne nous objecte pas que la loi ne prescrit pas les mêmes formalités pour la vente sur saisie et pour la vente à la requête de l'héritier bénéficiaire. — Les mêmes différences existent entre la vente sur saisie d'une part, et soit la vente sur conversion, soit la vente à la requête des syndics d'une faillite d'autre part. Elles ne sont pourtant pas un obstacle à la subrogation soit d'un créancier saisissant au débiteur après conversion, soit d'un créancier hypothécaire au syndic en cas de faillite. Le

Digitized by Google

subrogé continue et parachève la procédure commencée par le subrogeant.

MM. Aubry et Rau n'admettent pas cette faculté de subrogation. L'article 722 du C. pr. civ., écrit pour une autre hypothèse, n'a pas été étendue par le législateur au cas qui nous occupe, tel est leur motif (§ 618, t. VI, p. 464). Mais ces auteurs n'arrivent en dernier résultat qu'à une augmentation de frais ; car ils ne refusent pas au créancier, qui est en face d'un héritier bénéficiaire négligent et restant inactif après quelques actes préparatoires d'une vente aux enchères, le droit de former une saisie; il devra donc recommencer la procédure *ab ovo,* refaire par exemple le cahier des charges. Le doublement des frais en est à peu près la seule conséquence et nuit à tout le monde.

SUCCESSION BÉNÉFICIAIRE. — SÉPARATION DES PATRIMOINES. — Cass. civ. 11 janvier 1882, J. Pal. 1884, 790.

Lorsqu'un créancier du défunt a obtenu condamnation contre l'héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, aucune délivrance de legs ne doit être consentie par l'héritier ni accordée par justice au détriment de ce créancier. Art. 803, 808, C. civ.

La magistrature française persiste à soutenir que l'acceptation bénéficiaire emporte séparation des patrimoines au profit des créanciers et que cette séparation de contre-coup ou de ricochet survit au bénéfice d'inventaire que l'héritier ferait évanouir par sa volonté d'être héritier pur et simple, ou dont l'héritier serait déchu.

Il est trop tard pour lutter contre cette jurisprudence avec quelque chance de succès. On en vient même à ne plus souhaiter un revirement. Quand un système admis avec persévérance par les tribunaux a pris l'importance d'une loi dans la direction de la pratique, un changement d'interprétation de la loi serait plus funeste qu'un changemeut de la loi elle-même. Une loi nouvelle ne rétroagit pas et respecte les situations acquises. Une interprétation nouvelle rétroagit et renverse des attentes qui, pour être appuyées sur une jurisprudence constante et non sur une loi positive, ne méritent pas moins de ménagements. Il en résulte que l'erreur, si erreur il y a, acquiert des forces en se perpétuant;

Digitized by Google

et elle se perpétue non par une persistance réfléchie dans les raisons qui l'ont fondée, mais uniquement par cette règle ordinairement suivie qu'une chambre de la Cour de cassation ne discute plus, dans des hypothèses identiques, une question déjà examinée et tranchée..

Pour donner un corps à cette observation, nous dirons que les créanciers qui, en présence d'une acceptation bénéficiaire et sur la foi de la jurisprudence, se sont abstenus de prendre une inscription de séparation des patrimoines, seraient bien à plaindre si la justice faisait retour à la théorie d'après laquelle, le bénéfice d'inventaire protègeant uniquement l'héritier, les créanciers doivent de leur côté veiller à leur intérêt par l'observation de l'art. 2111 du Code civil.

En vérité néanmoins et au fond on ne peut s'empêcher de regretter que l'interprétation judiciaire n'ait pas suivi un autre cours. A une époque où la publicité des droits de préférence paraît une sauvegarde précieuse de la sécurité de tous, on s'étonne, abstraction faite des arguments qui dérivent dans le même sens de l'histoire et des textes, que les magistrats n'aient pas été touchés de l'utilité qu'il y avait à stimuler les créanciers d'un défunt à la révélation du droit qu'ils se réservent sur les immeubles de la succession d'être payés avant les créanciers de l'héritier. Ils y auraient été vivement sollicités si le bénéfice d'inventaire avait été considéré comme ne pouvant pas être retorqué contre l'héritier en faveur duquel il a été introduit. Menacés de perdre l'effet séparatif du bénéfice d'inventaire, ils se seraient assuré, par une publicité accomplie à tout événement, l'avantage de la séparation des patrimoines. V. Demolombe, *Success.*, t. III, n° 172, J. du P., 1866, p. 928.

Enfin le mal est fait, la direction est imprimée ; le retour en arrière est difficile.

Dans l'espèce sur laquelle la Chambre civile vient d'avoir à statuer, le conflit existait entre un créancier et un légataire. Une succession qui comprenait plusieurs immeubles avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire par un légataire universel. Un créancier du défunt fait condamner le légataire universel comme représentant de la succession. Ensuite le légataire particulier d'un immeuble

Digitized by Google

assigne le légataire universel en délivrance et obtient jugement. Puis le créancier frappe de saisie tous les immeubles héréditaires, y compris celui qui, dans le temps intermédiaire, a été délivré au légataire particulier. La saisie est pratiquée sur le légataire universel ès-noms qu'il a été condamné.

Le légataire particulier demande que son immeuble soit distrait de la saisie. La saisie de cet immeuble aurait dû, selon son dire, être opérée sur lui comme sur un tiers détenteur; le légataire particulier, poursuivi en cette qualité, aurait invoqué le bénéfice de discussion de l'art. 2170, C. civ.

Le créancier héréditaire saisissant répond en formant tierce opposition au jugement de délivrance. Il soutient qu'ayant fait condamner le légataire universel, il était tout au moins dans la catégorie des créanciers opposants, au préjudice desquels aucun legs ne doit être exécuté (art. 808, C. civ.); que le jugement de délivrance, rendu au mépris de son droit, doit être rétracté; que par suite le legs particulier ne lui est pas opposable; que l'immeuble est encore, par rapport à lui, dans la masse et susceptible d'être saisi comme tous les autres immeubles héréditaires.

La prétention du créancier héréditaire a été accueillie. L'arrêt de la Chambre civile contient les propositions suivantes qui méritent d'être relevées :

L'héritier bénéficiaire qui, en présence de créanciers opposants, délivre spontanément ou sur ordre de la justice, des legs particuliers, fait un acte nul relativement à ces créanciers et ne convertit pas sa qualité en celle d'héritier pur et simple.

Un légataire particulier, quoique investi de la propriété du bien légué, dès le jour de la mort du testateur quand le legs est pur et simple, n'a pas l'exercice du droit de propriété à l'égard des tiers tant qu'il n'a pas obtenu la délivrance de son legs. Il est assimilable au successeur irrégulier qui n'a pas encore été envoyé en possession par l'héritier saisi ou par la justice.

Nous présenterons à cet égard deux observations.

L'héritier bénéficiaire ne peut pas, en présence de créanciers opposants, délivrer des legs particuliers. La délivrance est nulle et non avenue par rapport aux créanciers. Nous l'admettons. Le

Digitized by Google

seul embarras pour nous est de concilier les décisions de la jurisprudence. L'héritier bénéficiaire ne peut pas délivrer un legs; mais il peut aliéner. En effet, si l'héritier bénéficiaire avait vendu à l'amiable un immeuble de la succession, la vente serait-elle nulle et comme non avenue au regard des créanciers successoraux? — L'affirmative serait la conséquence logique du système de la Cour de cassation. Puisque le bénéfice d'inventaire emporte séparation des patrimoines, les créanciers devraient pouvoir agir à l'encontre de l'acheteur ni plus ni moins que s'ils avaient pris l'inscription de l'art. 2111, C. civ.; ils devraient pouvoir ne pas accepter le prix que l'acheteur leur offrirait et qu'ils jugeraient insuffisant (on sait que la Cour régulatrice fait découler un droit de suite du privilège de la séparation des patrimoines. Req., 27 juillet 1870, J. P. 1872, 369). Eh! bien non. C'est une séparation des patrimoines imparfaite et boîteuse qu'entraîne le bénéfice d'inventaire. Les créanciers du défunt n'ont pas de droit de suite contre les tiers acquéreurs. Lorsque l'héritier bénéficiaire accomplit une aliénation amiable d'un bien de la succession, fût-ce un immeuble, il transmet une propriété parfaitement stable vis-à-vis des créanciers qui n'avaient pas d'hypothèque acquise et inscrite avant la mort. Art. 988, C. pr. civ. Les créanciers héréditaires sont réduits à une alternative, ou faire déchoir l'héritier du bénéfice d'inventaire, ou exercer sur le prix le droit de séparation comme sur une valeur mobilière de la succession, nonobstant l'expiration du délai de trois ans depuis l'ouverture de la succession.

Ainsi entendu et restreint, le système de la Cour de cassation n'a pas, dans l'hypothèse, de graves inconvénients à l'encontre des tiers-acquéreurs. Les créanciers hypothécaires de l'héritier seuls souffriront de la clandestinité du droit de préférence qui leur est opppsable. Mais c'est revêtir le système d'une formule exagérée et trompeuse que de se servir de cette phrase : Le bénéfice d'inventaire emporte, au profit des créanciers, séparation des patrimoines. Aubry et Rau, § 619-7°, t. 6, p. 504.

Si l'aliénation accomplie par l'héritier est une aliénation à titre gratuit, les créanciers héréditaires auront bien plus à regretter de n'avoir pas observé l'art. 2111, C. civ. Ils n'auront le

Digitized by Google

bénéfice de la séparation ni à l'encontre du tiers-acquéreur, ni sur une valeur mobilière venant remplacer dans la succession l'immeuble aliéné.

Comment est-il possible que, tout en donnant à son système des résultats aussi incomplets, la justice ait été jusqu'à décider que les créanciers qui, en face d'une succession acceptée bénéficiairement, requièrent l'inscription de la séparation des patrimoines, exposent à leurs risques des frais frustratoires et non recouvrables? N'est-ce pas un corollaire malheureux de la formule exagérée qui fait découler de l'acceptation bénéficiaire une séparation des patrimoines?

Notre seconde observation nous ramènera au conflit entre créanciers et légataires.

Quand la succession acceptée bénéficiairement est obérée de dettes, il est juste que l'espérance des légataires s'incline devant le droit des créanciers du défunt. Mais l'acceptation sous bénéfice d'inventaire peut avoir été rendue nécessaire par la minorité de l'héritier, malgré l'opulence de la succession; dans ce cas il serait fâcheux que la négligence du tuteur, l'obstination d'un créancier exposât un légataire particulier à subir la saisie du bien qui lui a été légué. Cela se rencontrera bien rarement, mais cela n'est pas irréalisable. On accorderait sans doute à ce légataire qui préviendrait la vente par un paiement ou qui se rendrait adjudicataire, subrogation aux droits du créancier par lui désintéressé afin de faire refluer sur les autres biens de la succession la charge de la dette.

INDIVISION. — RÉSERVE. — QUOTITÉ DISPONIBLE. — SUBSTITUTION. — Cass. req. 18 mars 1884 (J. Pal. 1884, 837).

Lorsqu'un héritier réservataire recueille la réserve et la quotité disponible, celle-ci sous la charge d'une substitution, a-t-il le droit de provoquer la cessation de l'indivision entre la réserve et la quotité disponible? — Art. 815, C. civ.

Cette affaire a inspiré des observations aussi lumineuses qu'intéressantes à l'un de nos collaborateurs (V. *Rev. crit.*, 1885; p. 153).

Nous croyons devoir y revenir, non que nous n'approuvions à peu près tout ce qui a été dit et très bien dit par notre collègue. Mais M. Testoud a, suivant l'état et la nature du procès, accepté l'adjudication comme un fait accompli d'une régularité indiscu-

Digitized by Google

table ; il en a cherché les conséquences ; il a envisagé la décision rendue au point de vue de l'enregistrement et du droit de transcription. Nous voudrions traiter une question préalable et dégager de la contestation les éléments qui se réfèrent au droit civil.

Une mère, ayant un unique enfant, une fille, l'institue légataire de sa quotité disponible sous charge de la conserver et de la rendre à ses petits-enfants nés et à naître. La fille recueille l'universalité de la succession, moitié comme réservataire, moitié comme légataire grevée de substitution. Elle est propriétaire de la totalité des biens, mais de différentes parties sous des conditions diverses, d'une moitié indivise avec une entière faculté de disposition, d'une autre moitié indivise sous une loi d'indisponibilité éventuelle au profit des enfants nés et ànaître. Elle demande le partage ; elle demande la détermination immédiate des biens dont elle a la libre disposition. En a-t-elle le droit ?

Nous estimons utile de creuser cette question et de l'étudier sous toutes ses faces. Elle est, croyons-nous, neuve en jurisprudence. Le bon sens, l'intérêt pratique suggère une solution, la possibilité du partage, que nous voulons soumettre à l'analyse. Cette opinion a été admise dans notre espèce sans discussion. Il en sera toujours ainsi probablement, parce que les personnes intéressées à contredire n'existent pas encore ou sont indéterminées, et qu'elles sont représentées par un tuteur à la substitution qui n'est pas vivement stimulé par l'aiguillon de l'intérêt personnel à contester.

Cependant les raisons de douter abondent.

Le partage est demandé comme s'il y avait indivision et il n'y a pas indivision. La fille est propriétaire de tous les biens de la succession. Elle n'a pas de copropriétaires. Telle est la principale raison de douter de la recevabilité de la demande.

On a répondu dans des termes un peu vagues : L'indivision existe entre la réserve et la quotité disponible grevée de substitution. La personne qui est à la fois réservataire et légataire de la quotité disponible, est en indivision avec ses enfants en qualitéd'appelés. Elle veut sortir de cette confusion de droits sur des parts indivises.

Ce langage est dépourvu de précision ; on a essayé de le rendre plus clair et plus correct. Des auteurs n'hésitent pas à comparer le grevé à un propriétaire sous condition résolutoire et l'appelé à un

Digitized by Google

propriétaire sous condition suspensive. La question est ramenée à celle-ci : Lorsqu'un legs à titre universel, un legs de quote part est fait sous une condition, l'héritier, qui est menacé de tomber en indivision si la condition se réalise, peut-il, avant l'événement de la condition, agir en justice afin de faire cesser ou de prévenir l'indivision ?

L'affirmative est, même en ce cas, contestable.

L'indivision est possible; elle n'est pas actuelle.

En général le droit de demander le partage est réciproque entre les parties. Or, le légataire dont le droit est suspendu par une condition pourrait-il provoquer le partage ? La négative est plus plausible. Est-il forcé de subir une demande qu'il ne pourrait former ?

Cette inégalité de situation, à vrai dire, n'est pas inouie. Le mari qui a reçu en dot sous le régime dotal des droits indivis, inaliénables, est privé du droit de provoquer le partage et doit subir pareille demande formée par le copropriétaire de la femme dotée. Mais enfin cette situation est anormale.

Allons plus loin.

L'assimilation des appelés à des propriétaires sous condition suspensive est très critiquable ; elle est combattue par d'excellents auteurs ; elle est contraire à l'esprit de la jurisprudence. Les appelés ont des droits de succession, droits fortifiés par l'indisponibilité des biens, mais droits qui, en principe, s'ouvrent seulement à la mort du grevé et sans rétroactivité. L'appelé n'a du vivant du grevé aucun droit formé sur les biens substitués. Il a une simple espérance, une simple expectative.

Pour ceux qui considèrent ainsi l'état des choses, l'objection contre la recevabilité d'une demande en partage acquiert une singulière force. L'indivision n'est pas actuelle; elle n'existe même pas en germe dans l'attente d'une condition susceptible de rétroagir. Elle est éventuelle. Il y aura dans l'avenir indivision, si la substitution se réalise au profit des appelés, entre ces appelés qui ne seront connus et n'auront de droit qu'au décès du grevé, et les personnes auxquelles la personne grevée aurait transmis la propriété de tel ou tel des biens par elle recueillis dans la succession maternelle. En effet elle aura transmis de ces biens une moitié indivise en pleine et perpétuelle propriété, et

Digitized by Google

une autre moitié indivise en propriété temporaire destinée à s'évanouir à l'ouverture de la substitution.

Une éventualité d'indivision suffit-elle pour autoriser une demande en partage ? Le conseiller rapporteur dans notre affaire a, pour arriver à une autre conclusion, émis des vues, affirmé des propositions qui conduisent sur notre question à la négative. « ... Il est impossible de soutenir que dans l'espèce actuelle les « appelés aient été dans l'indivision avec leur mère, et que pour « sortir de cette indivision une licitation, ayant l'effet déclaratif du « partage, ait pu avoir lieu. On n'est pas copartageant, quand « on n'a aucun droit actuel... »

M. le conseiller en tire la conséquence que le jugement d'adjudication au profit de la mère grevée de substitution n'est pas un de ces jugements d'adjudication au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant, valant partage et que la loi du 23 mai 1855 affranchit de la nécessité de la transcription. « La licitation ordonnée par justice n'a pas pu avoir pour but et pour effet de faire sortir la légataire universelle grevée de restitution d'une indivision qui n'existait pas. »

On pourrait en conclure, avec plus de justesse encore, semble-t-il, que la légataire universelle n'était pas recevable à provoquer un partage ou une licitation contre les appelés inconnus, représentés par un tuteur.

L'honorable rapporteur insiste pour faire évanouir l'idée d'une indivision à faire cesser. « Entre la personne grevée et les appelés, point d'indivision parce que les appelés n'ont pas de droit actuel et formé ; ils sont même des personnes incertaines. Le pourvoi l'a bien compris et concédé ; aussi a-t-il parlé d'une indivision entre la réserve et la quotité disponible. Or comme la quotité disponible appartient à la même personne que la réserve, nous arrivons à l'hypothèse d'une personne en indivision avec elle-même, demandant le partage présentement contre elle-même, éventuellement contre des inconnus. Cette situation ne répond à aucune idée admise en matière d'indivision, à aucune règle sur le partage.

Comme les appelés n'ont aucun droit né et actuel du vivant du grevé, ils ne peuvent provoquer un partage qui pourra être provoqué contre eux ! C'est une anomalie déjà signalée.

Digitized by Google

Par la même raison, lorsque le partage en nature est impossible, ils assisteront à une vente aux enchères dans laquelle ils ne pourront se porter enchérisseurs; de telle sorte que la propriété d'immeubles de famille, grevés de substitution dans un intérêt de conservation, leur échappera nécessairement.

Il y a plus : les appelés sont des inconnus, peuvent n'être pas encore conçus ; ils doivent, tout au moins, être protégés comme des mineurs; les tiers doivent donc être admis à enchérir. Cela est d'autant plus nécessaire qu'aucune enchère ne pouvant être portée au nom des substitués, le grevé serait, sans la présence et le concours des tiers, maître du terrain et pourrait nuire aux appelés en se faisant adjuger les immeubles moyennant un prix inférieur à leur valeur réelle. Le désir de la part du grevé de soustraire sa réserve à la gêne d'une communauté avec la quotité disponible, peut aboutir à faire passer à des tiers la propriété des immeubles dont l'auteur de la substitution voulait assurer la transmission à sa descendance.

On fait sonner bien haut en sens contraire l'inviolabilité de la réserve qui ne doit subir aucune restriction. — Oui ; l'héritier qui est réduit à sa part légitime peut rejeter toute espèce de charge. Mais la situation n'est pas la même quand l'héritier réservataire reçoit une partie plus ou moins forte du disponible. Ne peut-on pas croire qu'il est dans l'alternative de se borner à sa réserve en l'exigeant intacte et franche, ou de se conformer à la volonté du testateur et aux conséquences de la situation qui lui est faite par cette volonté libérale envers lui ? (*Arg.* art. 917, C. civ. V. Fretel, *De l'inviolabilité de la réserve*, nos 574 et suiv.

Voilà bien des objections de droit et de fait contre la possibilité du partage. Cependant nous croyons qu'il est plus conforme à l'esprit, sinon à la lettre de notre législation, de permettre, nous ne dirons pas un véritable acte de partage, acte destiné à faire cesser l'indivision, du moins une démarcation tranchée entre la réserve et la quotité disponible. L'indivision n'existe pas; mais la situation en offre la confusion et les inconvénients. La personne grevée, qui a en droit la libre disposition de la réserve, ne l'aura pas en fait. Traitant avec les tiers, elle ne pourra leur procurer des droits certains et incommutables. La propriété de chaque bien

Digitized by Google

compris dans la masse héréditaire est menacée d'une sorte de résolution ou mieux d'une inaliénabilité pour partie indivise par l'effet de l'ouverture de la substitution. Pour assurer aux tiers acquéreurs une sécurité sans laquelle il n'y a pas de vente à bon prix, deux voies seules s'ouvrent; une séparation complète entre la réserve qui doit être absolument disponible pour le réservataire et la quotité que le testateur a pu frapper d'indisponibilité éventuelle en la grevant de substitution, ou bien au profit des tiers acquéreurs la faculté de purger l'immeuble acquis de la charge des droits éventuels des appelés. Les droits de propriété ne se purgent pas dans notre législation. Une procédure de partage ou de licitation est quelque chose de moins inoui, de plus facile à organiser par analogie.

Nous nous décidons beaucoup plus par des considérations d'utilité pratique, par des considérations économiques, si l'on veut se servir de cette expression en vogue, que par des raisons juridiques. Mais c'est déjà un grand point de donner satisfaction aux intérêts pécuniaires de la société. Les substitutions ne sont pas en telle faveur que l'on doive leur sacrifier l'intérêt de la parfaite disponibilité des biens compris dans la réserve. Toute la question est de savoir s'il ne vaut pas mieux faire prévaloir, sur le droit de grever la portion disponible de substitution, le devoir de respecter l'indépendance et l'intégrité de la réserve.

Le père de famille qui veut imposer à son fils la charge de conserver et de rendre à sa descendance la partie disponible de sa succession et qui veut prévenir le danger d'une licitation dans des conditions anomales, a un moyen efficace d'atteindre ce but : c'est de faire lui-même équitablement le partage de ses biens entre la réserve et la quotité disponible et de faire conséquemment porter la charge de la substitution non sur une part indivise de ses biens, mais sur la totalité de certains biens déterminés, affranchis d'indivision. Il n'y a ni plus ni moins d'objections contre la faculté pour le grevé réservataire de demander après coup le partage que contre la faculté pour le père de famille d'opérer par anticipation un partage semblable.

EFFET DÉCLARATIF. — PARTAGE PARTIEL. — Cass. civ. 23 avril 1884.
Js Pal. 1884, 513.

Le caractère déclaratif n'appartient qu'aux partages qui font cesser complètement l'indivision.

Digitized by Google

Lorsqu'un immeuble indivis entre cinq devient la propriété commune de trois des anciens copropriétaires moyennant une somme d'argent attribuée aux deux communistes qui sortent de l'indivision, l'art. 883 du Code civil n'est pas applicable.

Nous n'avons pas le désir de rouvrir le débat tant de fois agité sur le caractère des partages partiels, ou, pour mieux dire, des partages qui ne font pas cesser l'indivision à l'égard de tous les communistes.

Il est de jurisprudence constante que ces partages sont non pas déclaratifs, mais translatifs. Ils doivent notamment être transcrits pour arrêter le cours des inscriptions hypothécaires du chef des copropriétaires sortis d'une indivision qui subsiste à l'égard des autres. Les créanciers hypothécaires des communistes désintéressés en argent, conservent leur hypothèque dûment inscrite et peuvent saisir les immeubles restés indivis entre plusieurs.

Notre arrêt reproduit la formule consacrée que l'effet déclaratif n'est attaché qu'aux partages qui font cesser complètement l'indivision entre tous les ayant-droit.

L'expression « partage partiel » est équivoque. La formule que nous venons d'emprunter aux arrêts manque elle-même de précision.

Supposons une indivision qui ne provienne pas d'une succession, qui n'existe pas entre cohéritiers, qui n'exige pas une liquidation pour la détermination des droits des parties. Deux immeubles sont indivis entre deux personnes, en vertu d'un legs ou en vertu d'une acquisition faite en commun. Les copropriétaires sont d'accord pour partager l'un de ces immeubles et laisser l'autre en état de communauté. L'immeuble que l'on veut faire sortir d'indivision, est partagé en nature ou licité entre les deux copropriétaires et adjugé à l'un d'eux. Ce partage ou cette licitation reçoit l'application de l'art. 883 ; il est déclaratif et non translatif. Il est partiel quant au total des biens dont l'indivision a commencé en même temps et par une même cause. Il est total quant au bien qui a cessé d'être indivis. V. Naquet, *Des droits d'enregistrement*, t. I, n° 403.

Autre hypothèse. Une indivision est née d'une succession à titre universel. Entre les héritiers une liquidation est nécessaire pour la détermination des droits de chacun. La liquidation se fait.

Digitized by Google

Un héritier reçoit sa part en biens de la succession. Ces biens lui sont attribués en pleine propriété. Les autres héritiers sont d'accord pour laisser durer entre eux l'indivision relativement aux autres biens héréditaires. L'effet déclaratif se produit. Les biens attribués à l'héritier apportionné, s'ils sont immeubles, cessent d'être affectés hypothécairement aux créanciers de ses cohéritiers et réciproquement les créanciers de l'héritier loti voient s'évanouir leurs hypothèques sur les autres biens de la succession. Telle nous paraît la décision de la Cour régulatrice et de l'Administration de l'enregistrement. Cass. 2 avril 1851, *J. Pal.* 1851. 1. 664. Décision du 22 déc. 1856, Répert. gén. de Garnier, 5e édit., t. 4, nº 12427. V. Demante, *Principes de l'enregistrement*, t. 2, nº 1710.

Arrivons à l'hypothèse répondant à l'espèce de notre arrêt.

Une indivision existe relativement à une masse de biens successoraux. Les droits sont liquidés. Sur cinq copropriétaires, deux sortent de l'indivision en recevant pour leurs parts, non plus des biens de la succession en nature, mais des sommes d'argent. Les trois autres continuent à gérer indivisément l'ensemble des biens de la succession. L'acte ainsi conclu est-il un partage avec effet déclaratif et rétroactif?

Il nous semble que la question serait la même si, après liquidation, les immeubles héréditaires vendus sur licitation étaient adjugés à trois des anciens copropriétaires. Les deux autres sont apportionnés en recevant leurs parts dans le prix de l'adjudication.

Enfin restons en face de l'hypothèse précise du procès. Les droits de deux copropriétaires sont estimés et payés en numéraire.

Notre arrêt n'admet pas, en ce cas, que l'art. 883 soit applicable. Sur les immeubles, restés indivis entre trois, les hypothèques nées durant l'indivision du chef des deux copropriétaires apportionnés en argent, subsistent et peuvent motiver des saisies.

Nous avouons ne pas comprendre la raison de différence juridique entre la seconde et la troisième hypothèse, entre l'apportionnement de quelques-uns des communistes en biens de la succession et leur lotissement en numéraire, c'est-à-dire en valeurs étrangères à la masse indivise. La différence matérielle est identique à celle qui existe entre le partage en nature et le partage par voie de lici-

Digitized by Google

tation avec adjudication des biens à quelques-uns des copropriétaires. Or, celle-ci n'influe en rien sur l'effet déclaratif. L'art. 883 régit les partages par licitation aussi bien que les partages en nature.

Nous croyons que les magistrats ont été mus par cette considération : Les sommes formant les lots des héritiers évincés de l'indivision ont été, en fait, payées à ces héritiers eux-mêmes, hors la présence des créanciers hypothécaires qui n'ont pas été satisfaits comme ils auraient pu et dû l'être; cela est injuste. Il faut, afin de réparer l'injustise, permettre à ces créanciers, inscrits et en arrière desquels l'arrangement a été conclu, de saisir les biens demeurés communs entre plusieurs.

Le but poursuivi est louable ; le moyen ne nous paraît pas juridique.

Voici comment, à notre avis, on peut donner satisfaction à la loi et à l'équité.

Les créanciers des héritiers qui recoivent leurs lots en argent voient s'évanouir leurs hypothèques sur les biens héréditaires attribués aux autres héritiers. Car pour leurs débiteurs il y a cessation d'indivision ; les créanciers ont dû prévoir cet événement d'un partage dans lequel leurs débiteurs ne deviendraient pas propriétaires des biens frappés de leurs inscriptions. Il est indifférent à ces créanciers que les immeubles, qui échappent à leurs débiteurs, cessent ou non d'être indivis entre les autres héritiers. Leurs hypothèques sont résolues par l'effet rétroactif du partage ; ils n'ont plus le droit de saisir des biens qui n'appartiennent plus à leurs débiteurs et sont censés fictivement ne leur avoir jamais appartenu.

Mais il est injuste que l'argent, qui est comme le prix des parts indivises qu'avaient dans les immeubles les héritiers sortis de l'indivision, ne serve pas au paiement des dettes de ces héritiers. L'inscription d'hypothèque prise, quoique inefficace au point de vue du droit réel, doit équivaloir à une opposition au partage hors la présence des créanciers inscrits. Nous croyons même que les créanciers inscrits prétendent légitimement exercer sur le prix leurs droits de préférence dans l'ordre de leurs inscriptions. Il suffit, pour atteindre le but de sécurité que poursuit le législateur dans l'art. 883, de désarmer les créanciers inscrits du droit de

Digitized by Google

suite, du droit de saisie et du droit de surenchère. La propriété en se dégageant de l'indivision est ainsi purgée des charges nées du chef des copropriétaires dont les droits s'évanouissent. Ce n'est pas imposer aux communistes, qui moyennant une somme d'argent par eux payée acquièrent la propriété désormais franche des biens héréditaires à l'exclusion de ceux qui sont à ce prix désintéressés, un devoir difficile que d'exiger qu'ils préviennent, avant d'effectuer le paiement, les créanciers qui se sont fait connaître. S'ils ne les ont pas avertis, ils sont en faute, ils ont mal payé. Tel est le résultat pratique vers lequel a marché notre arrêt en autorisant la saisie. Nous approuvons le résultat, mais non l'argumentation.

Selon nous, l'art. 883 est applicable. Les hypothèques du chef des héritiers apportionnés en argent sont résolues en tant que droits réels. La propriété en est purgée, mais l'argent doit être équitablement versé aux mains des créanciers de ces héritiers et par ordre aux créanciers inscrits. C'est un cas où le droit de préférence survit au droit de suite. Si les héritiers qui conservent et concentrent sur leurs têtes la propriété des biens héréditaires, ont négligé d'avertir avant le paiement les créanciers qui se sont révélés par une inscription ou par une opposition, ils sont en faute et ils sont responsables. Mais ce qu'ils doivent est fixé; c'est le prix convenu ou fixé par justice; aucune surenchère n'est possible.

Ce système se déduit de cette idée : une fiction doit être renfermée dans les résultats en vue desquels elle a été introduite. Aubry et Rau, § 625, t. 6, p. 563.

Nous arrivons à peu près aux mêmes conséquences pratiques que la Cour régulatrice, mais sans écarter l'art. 883, sans accorder la persistance des hypothèques comme droits réels.

Si l'on admet l'application de l'effet déclaratif au cas où des cohéritiers sont apportionnés en biens de la succession, l'indivision étant maintenue entre les autres, nous ne voyons pas pourquoi le même effet déclaratif ne s'appliquerait pas à l'apportionnement en argent. Les créanciers des héritiers évincés de l'indivision ont plus de facilité pour obtenir satisfaction dans la seconde que dans la première hypothèse, et l'intérêt des autres héritiers demande la même protection.

Digitized by Google

DROITS SUCCESSORAUX DE L'ENFANT NATUREL, RECONNU PUIS ADOPTÉ. — Cass. req. 13 juin 1882 (J. Pal. 1884. 517).

L'adoption opère en faveur de l'enfant naturel reconnu par celui qui l'adopte ensuite un changement d'état, qui l'assimile à un enfant légitime au point de vue des droits héréditaires et qui efface l'incapacité établie par l'art. 908 du Code civil.

Parmi les questions importantes que résout l'arrêt précité de la Chambre des requêtes, il en est qui sortent de notre cadre et de notre département. Nous les indiquerons d'une façon succincte. Mais il en est une qui appartient à la matière des successions ; nous y insisterons un peu plus.

Une enfant a été reconnue devant l'officier de l'état civil par celui qui l'a présentée comme née de lui et d'une mère non désignée.

Cette enfant naturelle reconnue a été adoptée par son père.

Elle s'est mariée, a eu des enfants légitimes qui lui ont survécu.

L'adoptant a, dans son testament, institué légataires universels les enfants de la fille qu'il avait reconnue et adoptée ; il les a nommés ses petits-fils.

Un parent du testateur a contesté la vérité de la reconnaissance, la validité de l'adoption, la validité du legs universel :

La vérité de la reconnaissance, en demandant à prouver que l'enfant naturelle reconnue était née d'une femme mariée, et avait, en vertu de la présomption légale, pour père le mari de cette femme ;

La validité de l'adoption, parce que l'adoption avait été autorisée par les magistrats dans la croyance erronée que l'adoptée était unie à l'adoptant par le lien d'une filiation naturelle ;

La validité du legs universel, parce que ce legs avait pour motif deux faits légalement non avenus, la reconnaissance et l'adoption, et en outre, pour partie au moins, parce que l'enfant naturel adopté par l'auteur de la reconnaissance ne cesse pas d'être frappé de l'incapacité attachée par la loi à sa qualité d'enfant naturel.

Toutes ces contestations ont échoué.

La contestation dirigée contre la vérité de la reconnaissance a été repoussée parce que le contestant n'avait ni intérêt pécuniaire ni intérêt moral ; — point d'intérêt pécuniaire puisqu'à raison du legs déclaré valable la succession lui échappait, — point d'intérêt

Digitized by Google

moral, puisque l'adoption déclarée valable permettra, dans tous les cas, aux descendants de l'adopté de se dire membres de la famille et de porter le nom de l'adoptant.

Elle a été repoussée par un autre motif : Le demandeur affirmait et offrait de prouver la maternité d'une femme mariée relativement à un enfant reconnu par un autre que le mari ; il n'offrait pas de prouver directement que l'auteur de la reconnaissance n'était pas le père ;il soutenait seulement que la reconnaissance devait disparaître devant la présomption *pater is est ;* présomption non combattue par un désaveu. — La justice a déclaré la prétention inadmissible parce qu'elle tendait à révéler une filiation adultérine.

L'argumentation contre la validité de l'adoption montre que les controverses ont des retours inattendus et des vicissitudes singulières. On a longtemps et vivement soutenu que l'adoption des enfants naturels reconnus n'était pas permise. On a écrit des volumes sur la question ainsi posée (Benech, *De l'illégalité de l'adoption des enfants naturels reconnus*). L'opinion qui a prévalu en jurisprudence est que la qualité d'enfant naturel reconnu n'est pas un obstacle à l'adoption par l'auteur de la reconnaissance. Les magistrats apprécient cette circonstance comme toutes les autres. Aubry et Rau, t. 6, p. 556, texte et note 17. — Et puis, voici un plaideur qui avance que la reconnaissance, la préexistence constatée d'une filiation naturelle, la preuve acquise que le but était de transformer une filiation naturelle en filiation légitime, a été, chez les magistrats qui ont approuvé l'adoption, la considération déterminante, et que la reconnaissance étant nulle l'adoption doit tomber par voie de conséquence !

Cette argumentation du demandeur n'a pas mieux réussi que les autres.

Abordons la question qui est dans notre domaine.

Le demandeur produisait ce raisonnement au moins spécieux : L'enfant naturel reconnu, puis adopté, ne cesse pas, parce qu'il est adopté, d'être enfant naturel. Il a en lui deux qualités, deux liens qui le rattachent à l'adoptant; il est son enfant né en dehors du mariage ; c'est un fait indéniable et ineffaçable tant que la légitimation par mariage subséquent ne viendra pas

Digitized by Google

réparer le tort fait aux mœurs dans la société, et relever en même temps la condition de la mère et celle de l'enfant. L'adoption surajoute une qualité purement légale, pour ne pas dire fictive. L'adoption confère des droits à ceux qui ne les ont pas déjà et qui sont capables de les avoir. Mais l'adoption ne saurait relever d'une incapacité encourue; elle n'efface pas plus l'incapacité qu'elle n'efface le fait d'où l'incapacité dérive. L'adoption est principalement un fait volontaire et il n'est pas croyable que le législateur, qui frappe deux personnes d'incapacité pour punir l'une d'elles, leur ait concédé un moyen de se soustraire par leur volonté à l'incapacité, à la peine. Donc, malgré l'adoption, l'enfant naturel reste incapable de recueillir, grâce aux libéralités de son auteur, plus qu'il ne recevrait *ab intestat* en vertu de la loi.

La Cour régulatrice n'a pas consacré cette solution rigoureuse.

Elle proclame que l'adoption opère une rénovation d'état; en d'autres termes l'adoption équivaut à une légitimation quand elle s'applique à un enfant naturel. Il faut l'avouer. La législation romaine admettait, la législation italienne admet des légitimations sans mariage subséquent. Notre Code ne le dit pas, ne le réglemente pas; mais, en ne défendant pas l'adoption des enfants naturels, il permet implicitement aux magistrats, sauf une appréciation des circonstances, d'accorder des légitimations sans mariage sous le voile de l'adoption. Le bon sens, dont la voix est plus forte que celle de la logique pure, exige que, si l'adoption a lieu, elle confère tous les avantages de la légitimité. D'ailleurs la logique n'est pas violée. L'enfant naturel adopté a deux qualités juxtaposées; chacune produit ses effets. L'enfant appelé à la succession dira : comme enfant naturel, je ne pourrais pas acquérir la totalité de la succession en présence de parents légitimes; mais comme enfant adopté, je suis capable. Un incapable ne peut pas, il est vrai, de sa seule volonté, se relever de son incapacité. Mais l'adoption n'est pas un contrat ordinaire. Des magistrats examinent et corroborent la volonté des parties, et si, connaissant le fait de la filiation naturelle, ils approuvent l'adoption, c'est qu'ils voient plus d'avantages que d'inconvénients à organiser, malgré l'absence de la mère, une famille légitime là où existait une famille naturelle. Nous n'avons pas à indiquer les circonstances

Digitized by Google

qui décideront les juges. Rien ne limite leur liberté d'appréciation. Mais enfin, au cas où la mère serait morte, ce qui rend impossible la légitimation par mariage subséquent, qui trouverait à redire à ce que l'adoption en tînt lieu?

Il faut prendre les faits de la vie réelle tels qu'ils sont. Presque tous les enfants adoptés sont des enfants naturels de l'adoptant. La filiation est la source habituelle, la base la plus solide de l'affection que suppose l'adoption. Dans la plupart des cas la filiation naturelle n'est pas régulièrement reconnue. Aucune difficulté alors ne s'élève. L'opinion publique ne s'y trompe pas; la loi et la justice ferment les yeux. Pourquoi faire plus dure la condition de celui qui a eu dès le principe la loyauté de confesser sa paternité et qui, fidèle au devoir de réparer sa faute dans la mesure du possible, demande la faveur de l'adoption? Pourquoi intéresser et exciter à dissimuler la vérité; ce qui est un trait d'habileté, mais non de moralité plus grande?

Ces raisons nous paraissent très puissantes. Elles tendent à construire, dans les vides de la loi écrite, un système qui respire une indulgence humaine conforme à l'esprit de notre temps.

Dans l'espèce, le legs universel était adressé aux descendants légitimes de l'enfant naturel adopté. La Chambre des requêtes, de qui émane notre arrêt, ne paraît pas adhérer à la doctrine de la Chambre civile, laquelle n'étend pas aux enfants légitimes de l'enfant naturel l'incapacité prononcée contre ce dernier, du moins lorsqu'ils sont gratifiés après la mort de leur père. Arrêt du 13 avril 1840, Sirey 1840. 1. 440. Autrement la Chambre des requêtes n'aurait pas eu besoin de faire d'assez grands efforts pour démontrer que l'adoption avait corrigé dans la personne de leur auteur l'incapacité résultant de l'art. 908 du Code civil. Que l'on prenne comme point de départ le principe posé par la Chambre civile ou le principe posé par la Chambre des requêtes, on arrive sans doute, en la cause présente, au même résultat : la validité du legs universel. Néanmoins le dissentiment qui paraît exister entre deux fractions de la Cour suprême sur la transmissibilité de l'incapacité dont sont atteints les enfants naturels, ne laisse pas que d'être une chose assez troublante pour ceux qui dirigent la conduite des particuliers dans les affaires de la vie.

Digitized by Google

VENTE AVEC RÉSERVE DU DROIT D'USAGE OU D'HABITATION. — VENTE AVEC RÉSERVE D'USUFRUIT, SUIVIE D'UNE VENTE DE L'USUFRUIT. — Cass. civ. 14 janv. 1884 (J. Pal. 1884-225).

L'art. 918 du Code civil n'est pas applicable à une vente faite à un successible en ligne directe du vendeur sous réserve d'un droit d'habitation.

L'art. 918 du Code civil n'est pas applicable au cas où le successible en ligne directe de l'aliénateur a successivement acheté d'abord la nue-propriété d'un bien, puis l'usufruit réservé sur ce bien.

L'art. 918 du Code civil, qui, dans la crainte de fraudes, transforme une vente apparente en une donation préciputaire, a donné lieu à beaucoup de difficultés.

Cet article arbitraire doit être renfermé dans les hypothèses précises qu'il prévoit, et ne doit recevoir aucune extension par analogie : telle est la première conclusion à tirer de notre arrêt.

L'art. 918 spécifie : « Une aliénation soit à charge de rente « viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit... »

La loi du 17 nivôse an II (art. 26) portait : « Toutes donations « à charge de rentes viagères ou vente à fonds perdu... »

L'expression du Code civil est plus large, mais moins précise. On sait ce que c'est qu'une vente à fonds perdu. C'est une vente qui transfère un droit perpétuel moyennant un prix viager. Le patrimoine du vendeur a perdu un fonds, une propriété durable, une source perpétuelle de revenu, et a reçu en échange un revenu temporaire, viager, sans capital. Au bout d'un certain temps si le revenu viager est, comme il est probable, annuellement consommé, le patrimoine sera, par cette vente, appauvri comme par une donation. De cette définition il résulte que l'échange d'un bien en propriété contre un droit d'usufruit sur un autre bien, doit être assimilé à une vente à fonds perdu. Vente ou échange à fonds perdu, est une expression claire et catégorique.

On se rend moins aisément compte d'une *aliénation* à fonds perdu. Le mot aliénation comprend aliénation à titre gratuit dé même que aliénation à titre onéreux. Une donation à fonds perdu semble un pléonasme. Une donation éveille toujours l'idée d'un appauvrissement définitif pour le donateur et par conséquent d'un fonds perdu.

Aliénation à charge de rente viagère, qu'est-ce que cela veut dire opposé à aliénation à fonds perdu ? — S'il s'agit de la vente d'un fonds, d'un capital perpétuel moyennent une rente viagère, c'est un cas particulier, un exemple de vente à fonds

Digitized by Google

perdu. — S'agit-il d'une donation à charge de rente viagère, comme disait la loi de l'an II? Le sens est intelligible. L'acte sincèrement accompli sous cette forme n'est pas une vente à fonds perdu; c'est une donation sous la réserve d'une charge aléatoire. Cette opération doit être assimilée à la donation avec réserve de l'usufruit sur le bien donné. La nécessité de l'imputation n'est pas douteuse; mais la valeur à imputer est incertaine; car la valeur du bien donné doit être diminuée par déduction d'un montant très incertain. En présence de la difficulté le législateur adopte une cote mal taillée. L'auteur de l'acte a sans doute voulu avantager le donataire; la donation est réputée faite par préciput et il n'est pas tenu compte de sa charge.

On voit que l'aliénation d'un fonds moyennant l'usufruit d'un autre fonds, et l'aliénation avec réserve de l'usufruit du fonds aliéné ne doivent pas être rangées dans la même classe. La première est à titre onéreux; la seconde est à titre gratuit. La première est assimilable à une vente à fonds perdu, la seconde, non.

Maintenant appliquons aux cas non prévus par la loi notre règle d'interprétation : L'article est arbitraire et ne doit pas être étendu hors de ses termes.

L'article s'applique textuellement : — à la vente à fonds perdu, vente moyennant un prix consistant en une rente viagère; — à l'échange d'un bien perpétuel contre un droit viager; la loi, employant le mot aliénation au lieu du mot vente, prévient le doute; — à la donation à charge de rente viagère; le mot aliénation embrasse l'aliénation à titre gratuit; — à la donation avec réserve d'usufruit; le silence gardé par la loi de l'an II est réparé; — à la vente avec réserve de l'usufruit, vente de la nue propriété; le mot aliénation n'admet pas de distinction entre le titre gratuit et le titre onéreux. — Que décider de la donation avec réserve d'un droit d'usage ou d'habitation? Le texte de la loi ne s'y applique pas. La disposition arbitraire écartée laisse place à la règle du droit commun. Toute fraude découverte et prouvée doit être réparée. Le droit réservé a-t-il été vraiment exercé? La valeur sera estimée et déduite du montant de la valeur totale du bien donné. Ainsi se règlera la valeur rapportable ou imputable sur la part du donataire dans la réserve et subsidiairement dans la quotité disponible.

Digitized by Google

Telle est la décision de notre arrêt.

La même affaire suscitait une autre difficulté.

Un père avait vendu de son vivant à l'un de ses fils, par deux actes séparés, d'abord la nue propriété, ensuite l'usufruit d'un immeuble. A la mort du père l'enfant se trouvait plein propriétaire de l'immeuble, en vertu de deux actes de vente successifs. L'art. 918 devait-il recevoir son application ? Les autres enfants du *de cujus* le prétendaient. Le fait prévu par l'art. 918 : vente avec réserve d'usufruit, s'est réalisé. Cette vente a été, au moment où elle a été faite, saisie et transformée par la loi en vertu d'une fraude présumée. Peu importent les évènements ultérieurs. La vente faite en second lieu de l'usufruit réservé ne peut réagir sur les conséquences d'une fraude réputée commise à l'époque de la première vente. Autrement on aurait un moyen commode d'éluder la loi. Il est si difficile de savoir si le prix de la vente de l'usufruit a été suffisant ou acquitté !

La Cour de cassation a décidé que l'art. 918, traitant une question de quotité disponible et de réserve, doit être appliqué au règlement de la succession d'après l'état des choses au jour de la mort du *de cujus*. A cette époque, en l'espèce, la situation prévue par l'art. 918 n'existe plus. L'héritier est, comme acheteur, propriétaire de la pleine propriété du bien paternel. Le droit commun reprend son empire. Aux autres héritiers reste la faculté de démontrer une fraude qu'ils alléguerait.

Voyez sur l'origine historique de l'art. 918 une note écrite par M. Demante avec son élégance habituelle et insérée au *Journ. du Palais* sous notre arrêt, *loc. cit.*

DONATION ENTRE ÉPOUX. — LEGS GREVÉ DE SUBSTITUTION. — RÉVOCATION. — Aix 27 juin 1881, J. Pal. 1884, 898.

Le mari qui fait durant le mariage une donation à sa femme et qui par testament lui lègue les mêmes biens à charge d'une substitution prohibée, peut ne pas être considéré comme ayant voulu révoquer la donation. Art. 916, 1038, C. civ.

La loi a écrit quelques dispositions sur la révocation tacite des legs. Il y a lieu de les étendre à la révocation des donations entre époux. Néanmoins la condition essentielle et dominante est la volonté du disposant, volonté dont les juges sont les interprètes souverains.

Digitized by Google

L'article qui, en cas de substitution prohibée, prononce la nullité même de la libéralité première, repose-t-il sur une interprétation de volonté ou sur un motif d'intérêt général lui donnant un caractère impératif? Ce point est douteux.

La combinaison entre ces prescriptions légales s'est présentée dans l'espèce suivante :

Un époux a fait par acte entre vifs à son conjoint donation de tous ses biens.

Puis sous forme de testament il a légué les mêmes biens à sa femme en y ajoutant, sur la transmission de ces biens après la mort de sa femme, une clause qui a été interprétée comme une substitution interdite.

Le legs grevé de substitution est nul ; la donation précédente est-elle valable? L'affirmative a été décidée avec raison.

Examinons les motifs de doute.

Le legs à charge de conserver et de rendre semble avoir définitivement révoqué la donation antérieure quoique faite à la même personne. Cette donation a été ou révoquée et remplacée par une autre, ou transformée de façon à devenir la première libéralité base d'une substitution.

La nullité de la disposition qui emporte révocation, ne fait pas revivre la libéralité antérieure révoquée : tel est le prescrit de l'art. 1038 du Code civil.

La libéralité première, unie à une autre pour former une substitution illicite, ne survit pas à la nullité de la substitution (art. 896, C. civ.). La donation, si elle n'a pas été entièrement révoquée, a été au moins convertie en premier élément d'une substitution prohibée. Ainsi transformée, elle est entraînée forcément dans la chute de la substitution.

Les juges n'ont pas été touchés par ces objections.

La volonté libérale envers le conjoint, manifestée à plusieurs reprises, n'était pas douteuse. L'intention du bienfaiteur de maintenir la donation pure au cas où la charge de conserver et de rendre ne serait pas valable, n'était pas sérieusement contestable. Le législateur refuse, il est vrai, au grevé l'avantage de profiter de la nullité de la charge de conserver et de rendre. Pourquoi ? parce qu'il ne juge pas à propos d'élargir d'office la libéralité dont

Digitized by Google

le grevé a été l'objet ; mais il ne s'oppose pas à ce que le disposant fasse expressément au grevé une attribution en pleine propriété des biens compris dans la substitution pour le cas où la charge de conserver et de rendre serait effacée. Dans l'espèce une pareille volonté se déduisait avec une sorte d'évidence de la réitération de la donation au conjoint. Ce donataire était la personne préférée, occupait le premier rang dans les affections du défunt. Quoi qu'il en soit, même si l'on écarte l'évidence alléguée, une telle interprétation nous paraît avoir été dans le pouvoir des juges du fond et ne contrevenir en rien à la loi.

La circonstance qu'ici la personne grevée de substitution était la personne déjà gratifiée sans aucune charge dans la donation antérieure, empêche que la décision de la Cour d'Aix ne soit en opposition avec un arrêt de la Cour suprême du 25 juillet 1849 (Pal. 1850. 1. 451). Dans l'affaire jugée en 1849 le testateur avait par deux testaments successifs légué les mêmes biens à deux légataires distincts, au second sous charge de conserver et de rendre. En faisant le second legs, il avait perdu l'intention de gratifier le premier légataire. La nullité de la substitution a été considérée comme n'ayant pas la vertu de faire revivre le legs antérieur.

PACTE SUR SUCCESSION FUTURE. — RATIFICATION. — Cass. req. 13 mai 1884 (J. Pal. 1884, 822).

Un pacte sur succession future est nul et n'est pas susceptible de ratification. Art. 791, 1031, 1338, Cod. civ.

La décision à propos de laquelle cet arrêt de la Chambre des requêtes a été rendu, offre l'exemple d'une de ces distinctions juridiques tellement délicates que les premiers juges, d'une part, peuvent toujours, par une rédaction prudente de leur sentence, échapper à la censure de la Cour de cassation, d'autre part, sont abandonnés à une appréciation non seulement discrétionnaire, mais presque divinatoire.

Posons d'abord les règles de droit et exposons ensuite les faits auxquels ces règles ont été appliquées.

Un pacte sur succession future étant radicalement nul, n'est pas susceptible d'être confirmé par la mort ou après la mort du *de cujus*.

Une volonté nouvelle, postérieure à l'ouverture de la succes-

Digitized by Google

sion, peut valablement statuer dans un sens conforme au pacte conclu sur la succession non encore ouverte.

Telles sont les règles. Voici les circonstances qui en ont provoqué l'application.

Les descendants d'un même père conviennent de ne pas exécuter un testament paternel qui détruirait entre eux l'égalité. Ils renoncent d'avance à toute libéralité préciputaire qui leur serait adressée par leur auteur. Le père meurt et, dans son testament, il lègue à l'un de ses fils des valeurs mobilières avec dispense de rapport. Un gendre rappelle à son beau-frère, le fils avantagé, le pacte de famille. Ce dernier répond qu'il a relu le pacte, qu'il fera honneur à sa signature et que le testament paternel est complètement nul en ce qui le concerne. Plus tard il se ravise et demande la délivrance de son legs. Les autres enfants lui opposent non pas le pacte primitif, mais la volonté par lui exprimée depuis la mort et valant de sa part renonciation au legs.

Il est certain que si le fils gratifié avait, après le décès du père, déclaré renoncer au legs à lui échu, il serait lié par cette volonté conforme au pacte, mais sans corrélation manifestée avec le pacte. Il le serait, lors même que la déclaration serait par lui faite dans un acte sous seing privé, adressé à ses cohéritiers; un acte au greffe ne serait pas nécessaire (V. *Rev. crit.* 1884, p. 660).

Y a-t-il lieu de distinguer selon que la manifestation de volonté, postérieure à l'ouverture de la succession, sera ou non expressément motivée par le respect de l'arrangement de famille précédemment conclu, aura été spontanée ou provoquée par un rappel de cet arrangement? Les motifs non exprimés ont autant de force et d'influence que ceux qui sont naïvement émis au dehors. Il est presque impossible de pénétrer dans le secret des résolutions humaines.

En l'affaire dont il s'agit, les juges ont pensé que, bien que le fils fût un homme instruit, un homme d'intelligence et de réflexion, néanmoins la première volonté par lui exprimée, inspirée par un sentiment de fidélité à la promesse ancienne, ayant par suite le caractère d'une confirmation, était aussi nul que l'acte à confirmer, par suite inexistant au point de vue du droit.

Le pourvoi a été rejeté.

Digitized by Google

Si les juges du fond avaient estimé que le souvenir rappelé du pacte de famille n'empêchait pas la volonté, manifestée après la mort, d'être indépendante et de valoir non comme acte de ratification, mais comme acte de renonciation au legs ; s'ils avaient argumenté en ce sens de ce que le fils avait pleine connaissance de la nullité absolue du pacte sur succession future, de ce qu'il se savait entièrement libre, qu'en faisant allusion au pacte intervenu, il lui avait attribué non une valeur juridique, mais une valeur purement morale ; s'ils avaient rejeté la demande en délivrance du legs, nous pouvons croire que le pourvoi aurait également échoué devant la chambre des requêtes.

Il faut se résigner à ces apparences de versatilité d'opinion autour de principes très nets, mais supposant une constatation très difficile de faits internes et des mobiles de la volonté.

TESTAMENT. — CLAUSE PÉNALE.— Cass. 11 juillet 1883 (J. Pal. 1884, 800).

Le testateur peut valablement sanctionner par une clause pénale une dérogation qu'il apporte au droit pour chaque héritier de demander sa part en nature des meubles et des immeubles de la succession. Cette disposition de l'art. 826 du Code civil est écrite dans un intérêt privé et non dans un intérêt d'ordre public.

Il arrive assez souvent qu'un testateur, après avoir réglé d'une certaine manière la dévolution de sa succession, ajoute : si l'un de mes héritiers conteste mes dispositions, je le réduis à sa réserve ou mieux je lègue ma quotité disponible à ses cohéritiers.

Cette clause qu'on appelle une clause pénale est-elle valable ?

L'expression « clause pénale » est reçue et recevable en pareille hypothèse. Il n'est pas inopportun de faire observer la différence entre la clause pénale en matière contractuelle et la clause pénale en matière de legs. A propos d'un contrat, les parties sont libres de fixer aussi haut qu'elles le veulent le montant de la peine. Le paiement de la peine peut donc constituer le promettant en perte sur sa fortune propre, c'est-à-dire lui faire perdre en cas d'inexécution de l'obligation principale plus que la valeur estimative de l'objet de cette obligation. Dans un testament la clause pénale qui consiste en un retrait de libéralité, ne peut que priver d'un gain et non infliger une perte.

Quand le testateur a des héritiers réservataires, il ne peut à

Digitized by Google

titre de peine leur enlever que la quotité disponible pour l'attribuer à d'autres. Or, rappelons que s'il ne peut d'aucune façon porter atteinte à la réserve, il est entièrement libre dans les limites de la portion disponible.

La clause pénale qui dans un testament consiste dans un retrait de libéralité par attribution à autrui, est-elle toujours valable?

Notre arrêt fait une distinction. Si, dans la disposition sanctionnée par une clause pénale, le testateur s'est écarté d'une prescription légale d'intérêt privé, la clause est valable.

Si, dans la disposition testamentaire corroborée par la menace d'une peine, le *de cujus* s'est écarté d'une prescription légale d'ordre public, la clause est nulle.

Donnons des exemples d'après notre arrêt lui-même.

L'intégrité de la réserve est un principe d'ordre public.

Le droit pour chaque héritier de demander sa part en nature des biens de la succession est d'intérêt privé. L'héritier peut y renoncer par un accord avec ses cohéritiers. L'héritier peut être forcé de subir une dérogation imposée par le testateur.

On donnerait de cette théorie une formule équivalente si l'on disait : si la contestation dirigée contre les volontés du testateur réussit, la clause est nulle ; si le contestant échoue, il est frappé de la peine par l'exécution du legs de la quotité disponible à ses cohéritiers. Le triomphe de la contestation prouve que le testateur avait violé une prescription tout à fait impérative de la loi, c'est-à-dire dictée au législateur par une considération d'ordre public. L'échec du contestant prouve que le testateur avait simplement usé d'une liberté légitime dans le règlement de sa succession.

Au surplus, si la seule prescription strictement obligatoire était celle concernant l'intégrité de sa réserve, la première partie de la théorie serait presque inutile, puisque, en pareille hypothèse, celui qui attaque le testament prétend avoir sa réserve intacte et ne prétend ordinairement à aucune partie du disponible. Mais cet exemple que nous avons puisé dans le présent arrêt n'est pas le seul qu'on puisse donner. Le testateur peut avoir affecté d'une condition contraire à l'ordre public, une disposition par lui faite d'une partie de ses biens. L'art. 900 est invoqué au mépris d'une

Digitized by Google

clause pénale. La critique du testament approuvée par la justice affranchit le contestant de toute peine. Au contraire le rejet de la contestation entraîne la commise de la clause pénale.

J.-E. LABBÉ.

LA RÉFORME PÉNITENTIAIRE.

SON PASSÉ ET SON PRÉSENT.

Par M. João da Silva Mattos, avocat à Lisbonne.

Compte-rendu par M. Ch. Lucas,
membre de l'Institut et du Conseil supérieur des prisons.

L'usage de désigner la théorie de l'emprisonnement préventif, répressif et pénitentiaire sous le nom de *réforme pénitentiaire,* est tellement répandu que M. Mattos a été naturellement conduit à le suivre dans le livre si intéressant et si instructif qu'il vient de publier sous le titre : *La Réforme pénitentiaire, son passé et son présent.* Mais cet usage, si accrédité qu'il soit, n'en est pas moins regrettable à l'égard de la théorie de l'emprisonnement, qui est une réforme répressive et pénitentiaire. En l'appelant par abréviation *réforme pénitentiaire* au lieu de *réforme répressive et pénitentiaire,* on n'exprime que le principe de l'amendement au détriment de celui de l'intimidation et les esprits se familiarisent trop à ce sens exclusif.

La vivacité de la polémique que souleva en 1840 et années suivantes la théorie de l'emprisonnement ou la réforme répressive et pénitentiaire, est heureusement arrivée depuis un certain temps à sa période d'apaisement. Mais, parmi les États de l'Europe, il en est qui ont cru trop vite que c'était la période de la solution, et qu'il n'y avait plus qu'un choix à faire entre les différents systèmes controversés. D'autres, plus prudents, ont pensé qu'avant de se prononcer, il convenait d'envoyer des jurisconsultes étudier sur place le fonctionnement de ces systèmes différents. C'est cette mission qui fut confiée à M. Mattos par le gouvernement portugais.

La réforme pénitentiaire aspire par la théorie de l'emprisonnement à être une science qui n'est encore qu'en voie de formation ; elle est dans la période des essais et des tâtonnements

Digitized by Google

dont il faut dire : *sunt bona, sunt mala, sunt pessima.* Les gouvernements n'aiment guère que des délégués officiels viennent contrôler sur place le fonctionnement du système qu'ils ont adopté et rectifier à la fois les exagérations des bons résultats et les réticences relatives aux mauvais. Les délégués officiels reçoivent l'accueil d'une parfaite courtoisie, mais en réalité, ils sont moins considérés comme des bienvenus, que comme des contrôleurs incommodes dont il faut plutôt éviter que faciliter les investigations. On ne peut attendre des administrations de ces établissements qu'elles viennent elles-mêmes fournir des armes qui serviraient peut-être à combattre le système dont elles ont préconisé l'efficacité.

M. Mattos, qui a visité un grand nombre de prisons en Europe, a senti qu'une mission officielle était plutôt une gêne qu'une facilité pour ses recherches. Il a éprouvé le besoin d'une situation indépendante qui ne lui imposât d'autre responsabilité que celle de ses appréciations personnelles, et, au lieu d'un rapport officiel, il a fait un livre.

Dans le plan d'ensemble de ce remarquable livre sur la *Réforme pénitentiaire, son passé et son présent,* l'auteur, après avoir tracé le développement historique des cinq congrès pénitentiaires internationaux de Francfort en 1845, de Bruxelles en 1846, de Francfort en 1857, de Londres en 1872, de Stockholm en 1878, divise le mouvement progressif de cette réforme, de 1787 à 1880, en trois époques : la première, de 1787 à 1857 ; la seconde, de 1857 à 1872 ; la troisième, de 1872 à 1880. L'état actuel est la partie la plus intéressante de son livre, parce qu'on y trouve, sur les diverses prisons et les divers systèmes qui y sont pratiqués, le récit consciencieux de visites par un esprit éclairé et un observateur intelligent.

Il serait fort désirable que ce livre fût traduit en français : ce n'est pas un livre à analyser ; il demande à être lu, afin d'y recueillir les impressions et les appréciations propres à l'auteur. Aussi je vais le laisser raconter lui-même ses visites aux deux célèbres prisons de Louvain et de Gand.

« Ne professant pas, dit-il, les principes absolus de la séparation individuelle, parce que cette impitoyable séquestration nous

Digitized by Google

semblait contraire aux progrès de la civilisation humaine, nous avons visité plusieurs pénitenciers pour fortifier notre opinion ou la modifier dans le cas où nos appréciations nous paraîtraient erronées et notre jugement tout au moins prématuré.

« A cet effet, nous avons choisi comme objet principal de nos études le pénitencier de Louvain, en Belgique, qui est réputé comme le modèle des prisons cellulaires en Europe. Nous avouerons que notre admiration a été grande en contemplant du dehors ce majestueux édifice. Si nous résistons au désir d'en faire une description complète, c'est que nous craindrions d'excéder le cadre que nous nous sommes imposé.....

« Notre guide nous a d'abord conduit aux cellules des condamnés et nous en ouvrit quelques-unes sans suivre l'ordre successif des numéros. Cette manière de procéder ne manqua pas d'éveiller en nous une défiance que nous nous sommes cependant abstenu alors de manifester. Les détenus que nous avons vus dans ces cellules nous parurent être dans un état physique satisfaisant. Aux questions que nous leur adressâmes sur leurs crimes, les impressions que leur produisait ce régime et les appréhensions que devait leur susciter la perspective d'achever leur peine dans cet isolement, tous ont répondu avec une gravité et une certaine douceur mélancolique qu'il fallait bien s'y résigner et que la cellule était plus supportable qu'on ne le pensait généralement.

« Après être entré ainsi dans une douzaine de cellules, le gardien-chef nous demanda si nous voulions en visiter d'autres. C'est alors que nous exprimâmes le désir de revenir en arrière et de voir celles qu'il avait omis de nous ouvrir, ne voulant pas que cette omission pût avoir même à nos yeux le caractère d'un choix qui nous aurait trompé dans nos observations et eût nui à l'exactitude de nos minutieuses recherches. Cette objection et notre insistance parurent contrarier beaucoup notre guide. Il nous répondit que s'il ne nous avait pas introduit dans les autres cellules, c'est que les individus qui s'y trouvaient enfermés étaient des condamnés considérés comme dangereux et qu'on ne pouvait approcher qu'avec précaution.

« — Soyez tranquille, avons-nous répondu. Durant notre longue carrière d'avocat, nous avons souvent eu l'occasion de pénétrer

Digitized by Google

dans les prisons pour conférer avec les accusés que nous défendions et jamais nous n'en avons été effrayé, pas plus que des détenus que nous avons rencontrés dans nos visites aux pénitenciers soumis au régime en commun. Nous ajoutâmes que nous saurions apporter dans notre langage toute la réserve et le tact nécessaires pour ne pas les exaspérer et les mettre en fureur au point de les porter à nous maltraiter. Enfin nous avons conclu en disant au gardien que nous ne voyions aucun danger qui justifiât sérieusement ses hésitations à l'égard des cellules omises.

« Pour mettre fin à ce dialogue embarrassant, le gardien nous répondit avec la brutalité du vieux soldat accoutumé à respecter la consigne :

« — Je n'ouvre pas, parce que c'est contraire au règlement.

« Nous devons dire que le nombre des cellules qui, par cette raison décisive, ont échappé à notre examen était plus élevé que celui des cellules que nous avons visitées, ce qui conduirait à l'infaillible conclusion que *le pénitencier de Louvain est une prison de dangereux.*

« De là, nous sommes passé à la salle de bains, à la cantine, au calorifère, aux cuisines, aux infirmeries, aux cellules de punition, à la buanderie, à la boulangerie et autres dépendances de la maison. Partout régnait une propreté minutieuse qui fait l'éloge du directeur et du personnel de service.

« En passant dans une galerie du rez-de-chaussée, nous entendîmes des coups de marteaux assez semblables à ceux du forgeron qui bat le fer. Nous demandâmes à notre guide s'il y avait une forge. Sur sa réponse affirmative, nous avons exprimé le désir de la voir. Le gardien, hésitant encore, nous dit que cet atelier ne présentait rien d'extraordinairement intéressant, et que les travaux qu'on y exécutait ne valaient pas la peine qu'on s'y arrêtât.

« A cette réponse, nous ne pûmes nous défendre d'un nouveau sentiment de surprise. Nous pressentions une deuxième interdiction, et ce que nous avons trouvé de plus convenable à répondre, c'était de considérer comme terminée notre visite, mais que nous n'en conserverions pas certainement un bon souvenir.

« Alors, revenant sur sa décision, ne regardant pas sans doute la visite de la forge comme une infraction au règlement, ou crai-

Digitized by Google

gnant de nous voir sortir sous l'impression du mécontentement que nous cherchions si peu à dissimuler, il se décida à frapper à la porte de l'atelier à grands coups de poing, en criant : « Ouvrez ! Ouvrez ! »

« Cette manière de nous annoncer et le retard qu'on mit à nous ouvrir accrurent encore nos préventions, et, en entrant, nous vîmes sous la surveillance d'un gardien quatre détenus couverts de leurs masques, mais encore occupés à les ajuster, ce qui était la preuve évidente qu'ils venaient de s'en revêtir précipitamment, dans la crainte d'être surpris le visage découvert.

« Dans cet atelier, qui n'était pas très-spacieux, régnait une température élevée que justifiaient la chaleur du mois de mai et la présence d'une forge allumée. Les détenus y réparaient des lits de fer en usage dans les cellules, et qui, au moyen d'un système ingénieux, se replient sur eux-mêmes pour servir de table de travail aux prisonniers...

« Le gardien qui surveillait les quatre détenus dans l'atelier était couvert de sueur, et nous-même, incommodé par la chaleur accablante, nous fûmes forcé de nous rapprocher de la porte. En manifestant notre étonnement de voir dans une pareille fournaise l'un des condamnés tirer le soufflet de la forge et les trois autres battre le fer rouge sur l'enclume, revêtus de leurs masques, le gardien nous répondit allègrement :

« — Ils y sont habitués !

« Cette réponse singulière, laconique et audacieuse nous laissa confondu et en proie à une vive émotion. Nous avons compris que par sentiment d'humanité notre devoir était de nous retirer pour ne pas prolonger davantage le supplice de ces malheureux, étouffant à cause de nous sous le masque de grosse toile qui leur enveloppait le visage et la tête. Et cette agonie leur était infligée pour convaincre un visiteur que les communications entre détenus étaient absolument interdites même dans les ateliers où le travail avait lieu en commun, comme si on ignorait que l'usage des masques, déjà aboli dans plusieurs pénitenciers, était impuissant à empêcher les détenus de se connaître et de vivre dans des relations mutuelles !...

« C'est à la fin de mai 1882 que nous visitâmes la prison de

Digitized by Google

Louvain, d'où étaient sortis, peu avant, les premiers condamnés qui y avaient accompli leur période initiale de dix ans de cellule avant de passer dans une prison commune. Nous étions donc curieux d'examiner de près les effets que ce long stage cellulaire avait pu produire sur les détenus. Stimulé par l'impatience, nous nous rendîmes immédiatement à Gand, considérant l'étude à laquelle nous allions nous livrer comme la plus profitable qu'il soit permis de faire pour apprécier avec certitude le système de Philadelphie. Nous avions toujours été l'adversaire de ce système ; mais nous étions prêt à modifier notre opinion si l'évidence des faits nous démontrait notre erreur...

« Dans la prison de Gand, désignée sous le nom de *maison de force*, les ateliers, les dortoirs et les réfectoires sont spacieux et adaptés au régime en commun, qui est celui de l'établissement. Les cours sont également très-vastes. Une partie de l'édifice est construite conformément aux dispositions exigées pour l'application du système cellulaire. Une autre partie est consacrée aux jeunes délinquants. Au moment de notre visite, l'effectif des condamnés aux travaux forcés et à des peines correctionnelles était de 437.

« En entrant dans cette prison, qui a joué un rôle si célèbre dans l'histoire de la réforme pénitentiaire, nous nous sentîmes vivement impressionné de son contraste, malgré son aspect sombre, avec le pénitencier de Louvain, d'où nous étions sorti la veille et dont nous avions conservé des souvenirs si pénibles.

« A Louvain, nous avions été tout de suite saisi d'une profonde tristesse en regardant les murailles qui défendent la prison, en franchissant la porte qui conduit à l'intérieur, surtout à la vue de cette longue suite de cellules suspendues au-dessus de nos têtes. Un silence profond y régnait de toutes parts, seulement troublé par des cris de désespoir ou d'agonie ; car tous les détenus ne supportent pas également le supplice de la solitude, et il s'échappe parfois des lamentations qui remueraient le cœur le plus endurci.

« Nos impressions furent bien différentes à la maison de force de Gand. Dès notre entrée, nous nous sommes trouvé en présence de plus de deux cents criminels qui se promenaient paisiblement dans la grande cour et parmi lesquels on comptait plus de quarante condamnés aux travaux forcés à perpétuité. Ils marchaient

Digitized by Google

sans être enchaînés. Quelques-uns de ces derniers avaient été sauvés de la mort par la clémence royale. Les autres étaient des détenus de peines correctionnelles. Malgré la répugnance instinctive que nous inspire toujours une pareille scène du crime et de la dégradation, nous nous sentions disposé à préférer cette promiscuité déplorable, cette agglomération, fût-elle mal surveillée, mal dirigée, aux horreurs de la vie cellulaire, qui exerce sur l'esprit des influences si funestes. Nous inclinerions donc à accepter le régime en commun de préférence au régime cellulaire si, entre ces deux moyens, l'un défectueux, l'autre cruel, ne s'en présentait pas un troisième qui répondît d'une façon plus rationnelle, plus conforme aux vrais principes sociaux et humanitaires, en donnant satisfaction sans brutalité ni faiblesse aux deux buts essentiels de la peine.....

« Il était une heure de l'après-midi quand nous commençâmes notre visite, heure de la promenade des détenus. Vers six heures notre guide nous dit que nous avions tout parcouru, et qu'il ne voyait plus rien qui fût digne d'être observé. Comme il ne nous avait pas montré les détenus qui étaient sortis de Louvain à l'expiration de leurs dix années de réclusion cellulaire, nous demandâmes à les voir. Le gardien ne fit aucune objection et nous exprima même ses excuses d'une pareille omission. Il nous dit qu'ils étaient quatre seulement, et qu'il allait nous mettre en leur présence, tout en craignant que leur vue ne produisît pas sur nous une impression favorable, parce qu'ils étaient tous les quatre estropiés et qu'à leur arrivée ils avaient à peu près complètement perdu l'usage de leurs jambes.

« Nous trouvâmes deux détenus à la buanderie. Le gardien fit appeler les deux autres, mais un seul parut. Quant au quatrième, on nous dit qu'il ne pouvait comparaître, parce que sa présence était indispensable ailleurs. Cette excuse ne nous parut guère plausible, malgré la bonne foi apparente du gardien. Nous nous sommes demandé alors s'il ne s'agissait pas encore d'une interdiction réglementaire. Cependant nous ne fîmes aucune observation.

« Les trois prisonniers qui se trouvaient devant nous faisaient peine à voir. L'un d'eux, au regard hébété et hagard, nous fixant attentivement, nous demanda avec timidité et douceur, avant

Digitized by Google

même que nous lui eussions adressé la parole, ce que nous faisions là ainsi vêtu. Nous lui répondîmes que nous venions le visiter, de même que ses compagnons, comme nous l'avions fait précédemment à Louvain, où il avait séjourné. A ce mot de Louvain, sa physionomie se contracta, et d'un ton courroucé il ajouta :

« — Je connais, je connais la prison de Louvain, j'y suis resté cent vingt ans.

« Puis, subitement calmé, pensif, regardant à tour de rôle tous ceux qui se trouvaient là, il allait se retirer, quand nous lui barrâmes le chemin en lui mettant familièrement la main sur l'épaule et en lui disant que ce n'était pas bien de nous quitter ainsi quand nous venions de si loin pour le voir. Alors il a ri et nous dit qu'il resterait autant que nous voudrions.

« Nous lui fîmes observer qu'il n'avait pas pu rester cent vingt ans à la prison de Louvain, quand son âge ne paraissait pas dépasser la quarantaine. Cette remarque ne fut sans doute pas de son goût, car il reprit aussitôt sa physionomie irritée, comme lorsque nous lui parlâmes la première fois de Louvain.

« — Malgré cela, ajouta-t-il, je ne suis pas moins resté là cent vingt ans.

« Cet homme avait dû être intelligent, sa taille était moyenne. Il était gros et écloppé, comme presque tous ceux qui séjournent longtemps en cellule. Il s'abandonnait parfois aux éclats du rire convulsif d'un fou épileptique. Le malheureux avait perdu la notion du temps.

« Le deuxième de ces hôtes infortunés de Louvain était petit, maigre, mais avait conservé plus de vigueur que le premier. Les traits de sa physionomie et l'expression de son regard dénotaient une énergie extraordinaire. C'était un des boulangers de la prison, actif, fort travailleur. Presque tous ses co-détenus, à ce que dit le gardien, le craignaient, parce qu'il était brusque dans ses manières et brutal envers ceux qui étaient occupés sous ses ordres au service de la panification.

« Nous lui avons posé diverses questions relativement aux dix années qu'il venait de passer à Louvain. Il nous répondit en prenant une attitude ferme, un peu théâtrale, et sur un ton qui annonçait la prétention de persuader son auditoire.

Digitized by Google

« — C'est vrai, dit-il, que j'ai été enfermé dix années à Louvain, et j'ai eu le courage de lutter avec moi-même jour par jour pour ne pas devenir fou. Plusieurs fois, quand mon esprit se sentait pris de défaillance, assailli par les appréhensions de la terreur, je craignis de perdre la raison. Alors, me prenant la tête entre les mains, je m'écriais, au milieu de sanglots de douleur et de désespoir : « Vierge, venez-moi en aide ! Jésus, faites que je ne devienne pas fou ! » Et je restais ainsi de longues heures jusqu'à ce que les larmes m'eussent soulagé. Il a fallu, mon cher monsieur, ajouta-t-il, avoir mon énergie et ma vigueur pour résister pendant dix ans à ce supplice. Encore aujourd'hui, quand je me rappelle les transes douloureuses de cette longue solitude, je crains que la raison ne m'échappe. C'est une ombre qui me poursuit à chaque instant, et je ne connais rien de plus horrible au monde.

« Puis il fondit en larmes en nous pressant les mains.

« Ce récit émouvant, fait sur un ton dramatique, mais avec une sincérité qui partait bien d'un cœur encore mal cicatrisé, nous toucha profondément, et nous avons constaté que cette émotion se trouvait partagée par notre guide, et les autres détenus qui étaient présents. Ce qui ajoutait encore à la tristesse de ce tableau, c'était de voir le troisième libéré de Louvain rire et pleurer en même temps comme un véritable fou. Ce n'était cependant qu'un pauvre idiot, d'apparence inoffensive et douce, malgré le crime d'homicide aggravé de circonstances atroces qui l'avait fait condamner aux travaux forcés à perpétuité. Nous lui adressâmes quelques paroles auxquelles il répondit d'une manière tout à fait incohérente. Nous restâmes pourtant convaincu qu'en dépit de son état inconscient, la triste narration de son compagnon ne lui avait pas échappé, et que ses larmes, mélangées d'éclats de rire, étaient le résultat d'une oppression qui ne pouvait se répandre autrement.

« Le gardien chef qui nous guidait était un ancien militaire, esclave de la consigne, mais doué d'une âme généreuse et d'un cœur plein de bonté. Les détenus avaient pour lui un respect qui ne paraissait pas seulement inspiré par la crainte....

« On envoie à Gand les détenus de Louvain atteints d'aliénation mentale et ceux qui, dans l'impossibilité de marcher, ne peuvent

Digitized by Google

suivre les exercices de l'école, de la promenade dans les petites cours et autres qui sont obligatoires dans la prison ; de sorte que lorsqu'un détenu meurt d'une de ces causes contractées à Louvain, il figure à la statistique de la maison de force de Gand, sans la mention de l'origine de la maladie. C'est une manière assez peu correcte de donner du crédit au système cellulaire en diminuant le nombre alarmant des cas d'aliénation mentale qu'il a produits. Mais nous n'avons aucune raison de céler la vérité, et nous nous faisons un devoir de relater avec franchise les scènes dont nous avons été le témoin à Louvain et à Gand.

« Ainsi ont disparu toutes nos incertitudes pour juger et condamner la longue durée de dix ans de cellule comme période intimidante et moralisatrice de la peine. Si nous ne pouvons invoquer l'autorité de notre expérience, pour donner plus de force à notre jugement, nous dirons cependant que dans cet examen, nous avons procédé avec l'attention réfléchie commune à ceux qui, comme nous, ont fait une longue étude des procès criminels, qui ont observé des centaines d'individus et visité non-seulement en Portugal, mais dans presque tous les États de l'Europe, des prisons dont la longue énumération serait inutile ici. »

Dans l'enquête depuis si longtemps ouverte sur les résultats du régime cellulaire suivi à la maison de Louvain, les dépositions ont été bien différentes. Celles que M. Mattos livre aux lumières de la publicité et de la contradiction sont de nature à produire une profonde impression. L'étendue de ces citations ne m'en permet aucune autre sur les prisons visitées par M. Mattos; c'est au livre lui-même qu'il faut recourir. Il convient toutefois de ne point passer sous silence la place qu'occupe et devait occuper dans ce livre de M. Mattos la célébrité acquise au Portugal dans le mouvement progressif de la législation criminelle. Cette célébrité est du reste de date récente et appartient à la seconde partie de ce siècle. Jusque-là on avait vécu sous l'empire des « Ordonnances du royaume » formant le livre V. Publiées sous la domination des Philippes de Castille, reproduction des anciennes ordonnances désignées sous le nom de *Manuelines* et *Alphonsines*, on conçoit que ces ordonnances aient été écrites avec du sang, et les peines qu'elles édictaient étaient pour la plupart aussi

Digitized by Google

barbares que contraires aux vrais principes du droit criminel.

Le Code de 1852 est le tardif point de départ de la codification pénale en Portugal. M. Mattos pense que les rédacteurs de ce Code, quoique très versés dans la science de la législation criminelle, n'ont pas osé détruire complètement l'ancien édifice. Ils craignaient sans doute de heurter les mœurs en passant trop brusquement des traditions du moyen-âge aux principes humanitaires qui ont prévalu depuis. La publication de ce Code ne fut pas sans donner lieu à de nombreuses protestations de la part de certains esprits cultivés et progressifs qui entraînèrent l'opinion publique jusqu'à l'abolition de la peine de mort. Ce grand progrès fut atteint sous le ministère de M. Barjona de Freitas, ministre de la Justice, par la loi du 1er juillet 1867. Cette loi n'était pas du reste une témérité, car après une durée de vingt années écoulées sous l'empire de l'abolition de fait de la peine de mort, le Portugal était suffisamment autorisé par cet heureux précédent à donner l'exemple de l'abolition de droit et imprimer l'impulsion du mouvement abolitionniste à la civilisation européenne[1]. Le gouvernement n'a pas été toutefois aussi heureusement inspiré sous le rapport de la réforme répressive et pénitentiaire, lorsque, séduit par des récits élogieux sur la prison de Louvain, il a décrété l'érection à Lisbonne d'une prison destinée comme celle de Louvain à l'application du régime cellulaire aux condamnés à long terme.

On regrette aujourd'hui cette construction dont on voudrait changer la destination, ainsi que l'atteste le décret du 20 novembre 1884 qui prescrit la simultanéité du régime cellulaire et du régime en commun, et on travaille maintenant à changer les dispositions de ce grand casernement cellulaire pour y permettre en

[1] Il est une question d'une importance exceptionnelle qui ne me semble pas avoir appelé suffisamment l'attention des criminalistes, c'est celle de la peine spéciale qui, dans le cas d'abolition de la peine de mort, doit être destinée à la remplacer en ce qui concerne *exclusivement* l'accusé reconnu coupable d'homicide prémédité sans circonstances atténuantes. Je n'ai pas à m'en occuper ici ; mais je crois devoir indiquer que cette question a été l'objet de mon examen dans le livre sur l'*État anormal de la répression en matière de crimes capitaux* qui vient de paraître à la librairie Pedone-Lauriel, 13, rue Soufflot. Voir notamment, *Introduction*, pages 15 et 35, et dans le corps de l'ouvrage, titre IV, § 11, p. 104 ; voir surtout *Notes finales*, pages 168 et suivantes.

Digitized by Google

même temps l'application de ces deux régimes. Mais il n'en est pas d'un édifice comme d'un livre, qu'on peut remanier et refaire à sa seconde édition. Les erreurs dues à l'imprévoyance des fondateurs n'y sont pas aussi faciles à réparer et imposent souvent la nécessité d'en subir les conséquences.

M. Mattos signale également à Madrid la faute commise à Lisbonne par la construction du grand casernement cellulaire élevé à l'imitation de Louvain. Il rappelle le décret qui, dans ces dernières années, prescrivit en Espagne la construction de quatre pénitenciers, celui de Mataro (Cataluna), celui de Bilbao (Biscaya), celui de Victoria (Alava), et enfin celui de Madrid.

La maison pénitentiaire de Madrid fut inaugurée le 9 mai 1884. Elle est construite d'après le régime cellulaire pour la déplorable agglomération de 1,000 détenus. Le maximum de la durée de cette peine est de six ans. Le 20 mai suivant, M. Mattos se rendit à Madrid et visita la prison. Il s'attendait à n'y rencontrer que quelques douzaines de détenus, pensant que l'administration procèderait avec réserve au début, pour permettre au personnel de s'initier peu à peu aux difficultés d'application de ce régime nouveau. M. Mattos trouva la prison de Madrid, quinze jours après son ouverture, déjà encombrée. Il en ressentit une impression pénible. Les employés ne savaient même pas se reconnaître au milieu de ce vaste labyrinthe. La visite du quartier des jeunes détenus, au nombre de 42, fut particulièrement attristante. Ils avaient peur de rester ainsi seuls et s'accrochaient à M. Mattos pour qu'il les enlevât à cet isolement.

Je terminerai ce compte-rendu du livre de M. Mattos par le renouvellement d'un vœu que j'exprimais à la séance du 5 avril 1884 dans un rapport verbal sur le *Bulletin de la Société générale des prisons*, 5me, 6me et 7me années : « Parmi les vœux que « le Congrès international pénitentiaire qui doit se réunir à « Rome en 1886, est appelé à émettre pour le développement « progressif de la réforme répressive et pénitentiaire, je n'en « conçois pas de plus utile que celui d'inviter tous les gouverne- « ments à publier les rapports annuels des directeurs des prin- « cipaux établissements répressifs et pénitentiaires sur le fonc- « tionnement du régime de ces établissements, en laissant à cha-

Digitized by Google

« cun de ces directeurs toute liberté de manifester leur opinion « personnelle, et en respectant même la forme dans laquelle elle « est exprimée. »

REVUE DES TRAVAUX LÉGISLATIFS

Par M. Ch. Testoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Lois du 15 février 1882 et du 28 juin 1883.

I.

« La France, dit M. Anatole Leroy-Beaulieu, la France, si justement fière de sa forte unité nationale, est probablement l'État de l'Europe qui compte dans son sein la plus forte proportion d'étrangers. A cet égard, notre pays n'est pas sans une certaine analogie avec les pays de colonisation, avec les nouvelles contrées des deux hémisphères et cette ressemblance risque de s'accroître d'année en année. » Depuis longtemps déjà, Paris se transforme en une cité cosmopolite et, dans un avenir prochain peut-être, certains de nos grands ports ou de nos villes industrielles compteront presque autant d'habitants étrangers que de nationaux, à l'exemple des cités nouvelles de l'Amérique et de l'Australie.

La recherche des causes de ce phénomène est du domaine de la science économique. Faut-il attribuer ces immigrations continues, persévérantes, à l'attrait qu'offre aux étrangers le séjour de Paris, et aussi de ces stations d'été ou d'hiver, semées sur les côtes de la Méditerranée et de l'Océan ? N'est-ce pas plutôt « le manque d'équilibre entre la population spécifique des États voisins. » L'Italie, s'il faut en croire les statistiques, aurait par kilomètre carré vingt habitants de plus que la France. Il n'est donc pas étonnant qu'elle laisse s'écouler vers nos frontières un courant d'émigration de plus en plus puissant. Comme le dit M. Leroy-Beaulieu, dans l'article que nous citions au début, la population est comme l'eau : elle tend naturellement à reprendre son niveau ; une loi analogue à celle de la pesanteur la porte à s'étendre vers les vides pour les remplir.

La nationalité française, au milieu de cette évolution, n'est pas sans courir de graves périls. Les émigrants vivent agglomérés,

Digitized by Google

sur quelques points de notre sol, au lieu d'être également répandus sur tout le territoire [1]. Ils forment entre eux des communautés d'habitants ou, pour mieux dire, des colonies, conservant leur idiôme national, se mariant entre eux, ayant leurs journaux, leurs réunions et on pourrait presque dire leur esprit public. Leur assimilation aux populations d'origine française est par conséquent difficile. Elle ne peut s'accomplir d'elle-même. Il y faut l'intervention de l'État, du législateur. Serait-ce le cas de faire revivre le principe de notre ancien droit attribuant la nationalité française à tout enfant né sur le sol de France ? Personne n'oserait le soutenir. Une pareille innovation ne nous donnerait qu'une satisfaction illusoire. Les Français, par le hasard de la naissance, ne seraient Français que de nom. La patrie ne ne gagnerait rien à les acquérir. Il n'y a guère que deux procédés d'assimilation susceptibles d'être employés avec fruit : le service militaire imposé aux jeunes gens dont les familles depuis longtemps fixées sur notre sol doivent payer par l'impôt du sang

[1] L'immigration étrangère, depuis un quart de siècle, tend continuellement à augmenter. De 379,289 en 1851, les étrangers se sont élevés en 1881 à 1,001,090, sans compter 77,046 naturalisés. Ainsi en trente ans le nombre des immigrés a triplé en France, alors que la population indigène n'augmentait que de moins d'un quinzième. Les économistes et les hommes politiques se sont avec raison préoccupés de ce fait. « Si le chiffre de la population se maintient, disait M. Rochard, devant l'Académie de médecine (*Bulletin de l'Académie de médecine*, séance du 20 février 1883, page 281), s'il s'accroit même dans une très faible proportion, cela tient à l'immigration étrangère. C'est l'étranger qui comble nos vides, et cette introduction parmi nous d'éléments, le plus souvent hostiles, c'est une invasion déguisée, c'est une menace pour l'avenir. Un peuple qui se recrute à l'étranger perd vite, dans ce commerce, son caractère, ses mœurs, ses forces propres; il y perd avec le temps ce qu'il a de plus précieux, sa nationalité. » M. Bertillon, le fondateur de la science nouvelle de la Démographie, a donné une forme plus précise aux vagues inquiétudes exprimées par M. Rochard. « En temps de paix, dit-il, ils ramènent chez eux et leur économie et leur descendance; en temps de guerre, ils s'unissent ou même s'arment contre nous, avec tous les avantages que leur donnent leurs relations et leur connaissance du pays. » (A. Bertillon, Migration, *Dictionn., des sciences médicales*). On a fait remarquer cependant qu'au point de vue ethnographique cette immigration n'était pas de nature à modifier considérablement la composition ethnique de la nation qui est, d'ailleurs, des plus complexes.

Digitized by Google

l'hospitalité qu'elles ont reçues, et la diffusion d'un enseignement ayant un caractère vraiment national [1].

Il y avait toutefois des situations qui ne pouvaient demeurer régies par les anciens principes. Pour certaines familles étrangères, l'assimilation est pour ainsi dire toute faite : elles ne sont plus étrangères qu'en théorie; et la France, après quelques générations, est leur patrie naturelle plutôt que leur patrie d'adoption. C'est pour ces familles qu'ont été écrites les deux lois sur lesquelles nous voudrions appeler l'attention.

II.

La première de ces lois porte la date du 15 février 1882. Elle est « relative aux droits des enfants nés en France d'un père naturalisé, après leur naissance. » Par cette loi se trouve complétée la loi du 16 décembre 1874 dont la sphère d'application se trouve réellement étendue. La loi de 1874 supposait que des enfants étaient nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y étaient nés. Elle leur avait conféré de plein droit la nationalité française, suivant en ceci la tradition du législateur de 1851. Mais, en 1851, on avait admis que ces Français de naissance pouvaient effacer rétroactivement leur titre, en faisant une déclaration d'option en faveur de la nationalité étrangère. Or, cette déclaration n'ayant pas toujours été faite sincèrement, la loi de 1874 l'accompagna de certaines conditions de nature à en garantir la franchise. Il fallut prouver notamment que la nationalité étrangère dont on se prévalait n'était pas perdue. Aussi tant que leur majorité n'était pas arrivée (nous parlons ici bien entendu de la majorité prévue par la loi française), tant qu'il ne s'était pas écoulé une année depuis cette majorité acquise, les enfants

[1] Les commentateurs de la loi du 28 mars 1882 admettent généralement que ses dispositions sont applicables aux enfants étrangers, comme aux enfants français. Cela parait être aussi la jurisprudence admise par le ministère de l'instruction publique qui considère la loi sur l'enseignement obligatoire comme une loi de police et de sûreté. Une exception serait faite cependant à la généralité de l'application de la loi, en ce qui touche les enfants étrangers qui ne se trouvent que passagèrement en France. (Voir le *Commentaire sur l'obligation de l'instruction primaire*, de M. J. Valabrègue, page 25).

Digitized by Google

d'étrangers nés en France n'avaient qu'une nationalité incertaine. On ne pouvait prévoir le parti qu'ils prendraient ulterieurement. Il fallait attendre les événements pour connaître leur *status civitatis*. Par suite, ils ne pouvaient entrer dans les écoles du gouvernement à l'âge réglementaire, ni contracter d'engagement militaire volontaire ou conditionnel. Frappé de ces situations dignes d'intérêt, le législateur de 1874 leur avait accordé la faveur sollicitée, depuis bien longtemps, d'opter, avant leur majorité, en faveur de notre pays.

Il y avait une situation analogue presque identique à celle des enfants nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés et qui n'avait pas été l'objet de la même faveur légale. Les enfants nés en France ou à l'étranger, de parents naturalisés Français n'étaient pas Français purement et simplement; ils ne l'étaient pas même sous condition résolutoire, comme les précédents; ils l'étaient sous la condition suspensive d'une option, en faveur de la France, dans l'année de leur majorité fixée par la loi étrangère. C'était la règle de l'art. 2 de la loi du 7 février 1851, qui assimilait ces enfants aux enfants d'étrangers nés en France, sans la circonstance que leurs parents y seraient nés eux-mêmes. Etait-il juste que ces Français, sous condition suspensive, fussent exclus des écoles et incapables de s'engager sous nos drapeaux? Pourquoi les traiter moins favorablement que les enfants nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sontnés? Ceux-ci peuvent, *pendente conditione*, renoncer au droit de réclamer la nationalité étrangère. Ceux-là doivent pouvoir par ancipation se prévaloir de la nationalité française, en vue du choix d'une carrière. Ainsi se réalisera la condition suspensive de eur état de Français, dont l'accomplissement est d'ordinaire ajourné jusqu'à l'année qui suit leur majorité. « Il y a là assurément, disait M. Méline, au cours de la discussion de la loi de 1874, entre la pensée et le texte de la loi une contradiction flagrante. Il n'est pas admissible que l'acte spontané et volontaire de la naturalisation n'engendre pas les mêmes effets que le fait matériel de la naissance. » « Si le fait d'être né en France implique une présomption qu'on veut rester Français, il est manifeste que le fait d'accepter la patrie française, en se faisant naturaliser, implique non seulement

Digitized by Google

une présomption, mais une certitude. » M. Méline signalait enfin dans la loi de 1874 une anomalie choquante : un bon Français, puisqu'il s'est fait naturaliser et puisqu'il a une famille française, est moins bien traité (au moins en ce qui touche sa postérité qu'il n'a pu naturaliser avec lui), est moins bien traité qu'un étranger qui, par le hasard des circonstances, est né dans notre pays.

Il est de règle aujourd'hui que le choix d'une patrie est un acte absolument personnel, sans influence sur l'état des enfants, sans influence sur l'état de la femme. On pourrait concevoir une autre théorie qui ferait prévaloir dans la famille l'unité de patrie et de législation. Mais cette théorie ne serait au fond qu'un retour à l'absolutisme du père de famille, retour qui aurait moins d'avantages que d'inconvénients. Le père de famille ne peut aujourd'hui librement disposer des biens de la femme et des enfants. Il ne doit pas non plus attacher leur nationalité à la sienne et changer leur état en même temps que le sien. Quoi qu'il en soit, on reconnaît que le fait du père changeant de nationalité demeure étranger aux enfants.

Mais faut-il pousser jusqu'à l'absurde un principe salutaire ; le rendre funeste aux enfants, qu'il doit seulement protéger contre la volonté arbitraire du chef de la famille ? Telle était la thèse défendue en 1874 par M. Méline. (*Annales de l'Assemblée nationale*, tome XXXV, page 211).

Cette thèse succomba. Elle succomba d'abord devant certains scrupules discrètement formulés par M. Desjardins, rapporteur de la loi de 1874. Le législateur français, dit-on, est tenu à certains égards pour les nationalités étrangères. « Faire trop serait imprudent et pourrait nuire à nos propres nationaux en pays étranger. » On contesta ensuite formellement l'assimilation proposée par M. Méline entre les enfants issus d'étrangers nés en France et les enfants d'étrangers naturalisés. « Quand le père et le fils sont l'un et l'autre nés en France, il y a presque une preuve qu'ils se sont à jamais fixés dans notre pays. Quand au contraire un étranger se fait naturaliser, nous ne pouvons à ce moment là avoir aucune donnée ni sur l'intention qu'il a pour ses propres enfants, ni sur l'intention qu'auront ces enfants eux-mêmes. » La loi de 1867 a abrégé les délais du stage péliminaire à la natu-

Digitized by Google

ralisation. Aujourd'hui, trois ans suffisent, ce qui fortifie l'objection. « Quand il s'agit d'une personne qui se fait naturaliser, au bout de 3 ans, peut-être au bout d'un an comme la loi de 1867 lui en donne la faculté en certains cas, nous n'avons pas de raison pour croire que ses enfants mineurs qui ont peut-être 16 ans, à ce moment là, ont la même intention et veulent aussi changer de patrie. Les raisons qui font établir une forte présomption dans ce cas manquent absolument dans l'autre. » Cette argumentation parut décisive à l'Assemblée nationale et l'amendement Méline fut repoussé.

Il semble que le débat de 1874 entre M. Méline et M. Desjardins avait pris une fausse direction. Peut-être y avait-il quelque exagération à demander que les enfants nés d'étrangers naturalisés fussent Français sous condition résolutoire. Les arguments donnés sur ce point par M. Desjardins étaient séduisants. Il ne fallait certes pas exposer à des représailles les enfants de Français naturalisés étrangers. Il était, d'autre part, dangereux, depuis l'abréviation des délais de naturalisation, de supposer aux étrangers et à leurs enfants des intentions bien éloignées peut-être de leur pensée. L'assimilation sollicitée pouvait donc paraître excessive. M. Méline aurait dû borner ses désirs et se contenter d'un succès plus modeste, en demandant seulement que les enfants des étrangers naturalisés pussent, avant leur majorité, renoncer à la nationalité étrangère et s'attacher à la France, soit en vue de contracter des engagements militaires, soit en vue d'entrer dans les écoles du gouvernement.

C'est sur ce dernier point que la loi du 15 février 1882 s'est montrée plus libérale que la loi du 16 décembre 1874. L'engagement militaire des jeunes gens dont il s'agit a été accepté ; les portes des écoles leur ont été ouvertes, sous la condition d'une déclaration fixant leur nationalité. « Cette déclaration, dit la loi de 1882, conforme en cela aux principes posés en 1874, ne peut être faite qu'avec le consentement exprès et spécial du père, à défaut du père, de la mère ; et à défaut du père et de la mère, avec l'autorisation de la famille, conformément au statut personnel. » La loi ajoute enfin que la déclaration ne sera reçue qu'après les examens d'admission et s'ils sont favorables.

Digitized by Google

Tel est le régime sous lequel la loi nouvelle a placé les enfants mineurs des étrangers naturalisés. Il importe cependant, pour le préciser davantage, d'y joindre deux observations :

D'abord, comme on l'a fait entendre plus haut, la loi de 1882 n'est nullement la consécration de l'amendement présenté en 1874 par M. Méline. Les enfants des étrangers naturalisés ne sont pas Français de plein droit, dès la naturalisation, sous la condition résolutoire de la revendication de la nationalité étrangère. Ils demeurent provisoirement étrangers et ne sont Français que sous la condition suspensive de leur option en faveur de la France, avant leur majorité ou dans l'année qui la suit. Ils sont, par conséquent, au point de vue de l'État, toujours assimilés aux enfants nés en France d'étrangers qui n'y sont pas nés. Rien n'est donc changé, au point de vue de la détermination de l'état des personnes.

La loi de 1882 n'a qu'un objet : avancer l'époque à laquelle ces jeunes gens peuvent prendre parti, et cela dans un but tout spécial.

Une seconde observation non moins importante, c'est que la loi concerne les enfants des étrangers naturalisés, quel que soit le lieu de leur naissance, soit que cette naissance se soit produite sur le territoire français, soit qu'elle se soit produite à l'étranger. A ce point de vue, la rubrique de la loi de 1882 est incomplète, pour ne pas dire inexacte. Il n'y est fait mention en effet que des enfants nés en France d'étrangers naturalisés, alors que la loi profite également à ceux qui sont nés à l'étranger. Ajoutons du reste que ce même titre ne fait aucune allusion aux enfants nés de Français, ayant perdu la nationalité française, en vertu de l'art. 17 du Code civil. Or la loi vise ces derniers et leur accorde la même faveur qu'aux enfants nés d'étrangers naturalisés.

Telle qu'on vient de la résumer, la loi du 15 février 1882 est-elle complète ? Donne-t-elle satisfaction à toutes les situations dignes d'intérêt ? Répond-elle exactement aux nécessités révelées par les pétitions venues des départements frontières, où l'élément français est en perpétuel contact avec l'élément étranger et où par suite les naturalisations sont le plus nombreuses ? Il serait téméraire de l'affirmer et on peut dire qu'il y a encore, dans

Digitized by Google

cette partie de notre législation, une grave lacune qui a du reste été signalée à la tribune du Sénat par M. Grandperret (Séance du 20 novembre 1881). Cet orateur a proposé un amendement aux termes duquel le principe de la loi aurait été étendu aux enfants nés en France d'un étranger et qui peuvent devenir Français, conformément à l'art. 9 du Code civil. Il est regrettable que cet amendement (que son auteur a dû retirer, pour ne pas retarder la promulgation de la loi) n'ait pu obtenir la consécration législative. La raison ne peut concevoir en effet pourquoi les enfants nés en France d'étrangers sont plus sévèrement traités que les enfants d'étrangers naturalisés. La différence de condition entre les deux catégories est d'autant plus inexplicable que les enfants d'un étranger naturalisé n'ont été, pendant de longues années, que des assimilés aux enfants nés en France d'étrangers ordinaires. Les enfants des naturalisés sont les derniers venus; on peut dire que ce sont les hommes de la onzième heure. Pourquoi dès lors les traiter plus favorablement ?

Toutes ces anomalies s'évanouiront, lorsque la proposition Batbie (1er avril 1882) renvoyée par le Sénat au Conseil d'Etat aura été adoptée par le Parlement. Il est indispensable qu'il intervienne, à propos de l'art. 9, une codification générale de toutes les lois qui se rattachent à la situation légale des familles étrangères établies en France. L'art. 9, comme beaucoup de dispositions du Code civil, est aujourd'hui absolument suranné. Il importe qu'il soit au plus tôt remplacé par un ensemble de règles plus conformes aux idées modernes.

La dernière disposition de la loi du 15 février 1882 ne peut donner lieu à aucune observation. C'est une extension nouvelle de l'art. 9 en faveur des Français qui recouvrent leur nationalité d'origine perdue pour un temps, en vertu des causes prévues par l'art. 17 du Code civil. Ces enfants peuvent, dans l'année du retour de leurs parents à la nationalité française, opter pour la France, s'ils sont majeurs. Dans le cas où ils seraient mineurs, leur droit d'option devrait s'exercer dans l'année de leur majorité. De plus, il leur est loisible, avant leur majorité, de renoncer à la qualité d'étranger, soit pour être admis dans les écoles du gouvernement, soit pour contracter un engagement militaire.

Digitized by Google

Cette solution se déduisait tout naturellement, et presque par un argument *a fortiori*, de celle qui venait d'être accueillie pour les enfants des étrangers naturalisés. Il est bien évident que le retour à la nationalité française, dans l'hypothèse de l'art. 18, fait supposer, bien plus encore que la naturalisation, l'intention d'une famille de se fixer désormais en France.

Remarquons, en terminant que la disposition finale s'appliquera à des enfants nés à l'étranger. S'ils étaient nés en France, comme ils seraient probablement déjà issus de parents nés eux-mêmes en France, ils bénéficieraient de la loi de 1874. D'autre part, ils pourraient être Français d'origine, si leur naissance s'était produite à une date antérieure à celle de la perte de la nationalité française par leurs parents. Il faut donc supposer, pour que la loi s'applique utilement, que les enfants dont il s'agit sont nés à l'étranger. Nous ne concevons qu'un seul cas où la loi de 1882 sera utile à des enfants nés en France : ce cas serait celui un peu singulier où les enfants nés en France seraient issus de Français qui, d'une part, ne seraient pas nés en France, et qui d'autre part se seraient fait naturaliser étrangers ou se seraient établis en pays étranger, sans espoir de retour. Évidemment, ceux-ci ne pourraient pas se prévaloir des dispositions de la loi de 1874 : ce ne sont pas des enfants nés en France d'étrangers qui eux-mêmes sont nés en France. D'un autre côté, l'art. 9 du Code civil ne leur serait pas d'un suffisant secours : les personnes dont il règle la situation ne sont en effet françaises que sous condition suspensive, et en attendant leur majorité elles ne peuvent, même d'après la disposition principale de la loi que nous étudions, renoncer à la nationalité étrangère et embrasser la patrie française. C'est alors que sera efficace la règle finale de la loi de 1882.

On remarquera cependant que, dans son rapport sur la loi du 28 juin 1883, qui va être examinée dans le paragraphe suivant, M. Batbie semble avoir admis, comme condition nécessaire de la faveur légale, la circonstance de la naissance sur le territoire français. Il l'a admise dans une hypothèse analogue à l'hypothèse présente, où il s'agit d'enfants issus d'une mère jadis française, devenue étrangère par son mariage, redevenue en-

Digitized by Google

suite française en vertu de l'art. 15. Et le texte de la loi de 1883 a consacré la nécessité de cette condition. Mais comme cette condition ne se trouve pas mentionnée dans la loi du 15 février 1882, nous ne croyons pas pouvoir la suppléer. D'autre part, il nous semble que la circonstance de la naissance sur le territoire français, doit être reputée indifférente. Si la loi favorise d'une manière exceptionnelle le retour à la nationalité française dans les cas des art. 17 et 18 du Code civil, c'est qu'elle a ici, selon sa tendance générale, considéré le *jus sanguinis*, c'est qu'elle a rendu hommage au sang primitivement français de ces enfants. Il s'agit d'une famille qui nous a momentanément échappé et que l'Etat est heureux de ramener à lui, dans son ensemble, afin que tous ses membres soient soumis à la même loi.

III.

LOI DU 28 JUIN 1883, RELATIVE AUX ENFANTS D'UNE FEMME FRANÇAISE, MARIÉE AVEC UN ÉTRANGER.

Cette loi devait naturellement prendre place dans cette revue à la suite de la loi du 15 février 1882. Il s'agit toujours de compléter l'art. 9 ; il s'agit toujours de permettre à des enfants nés en France, mais n'étant pas cependant Français de naissance, de hâter l'accomplissement de la condition suspensive qui les rendra définitivement nos concitoyens. L'anticipation du bienfait de la loi, en leur permettant de changer de patrie, leur permettra l'adoption des carrières de leur choix. Selon la remarque de M. Batbie, « l'impossibilité de suivre la profession de leur goût ne pourrait que diminuer leur intérêt à rechercher la qualité de Français et il ne faudrait pas s'étonner que cette entrave à leur carrière les décidât à conserver leur nationalité d'origine. »

La loi du 16 décembre 1874, venant s'ajouter à la loi du 7 février 1851, avait déjà définitivement réglé à ce point de vue la situation des enfants nés en France d'étrangers nés eux-mêmes sur notre sol. La loi du 15 février 1882 avait étendu la protection de la loi de 1874 aux enfants issus d'étrangers naturalisés Français. On avait enfin par la même loi assimilé aux enfants des naturalisés les enfants de ceux qui recouvrent la nationalité

Digitized by Google

française, en vertu de l'art. 18, après l'avoir perdue, en vertu de l'art. 17.

Mais il y avait une situation sur laquelle ne s'était pas arrêtée la pensée du législateur en 1882, une situation qui réclama d'une façon urgente son intervention en 1883. Les trois cas de perte de la nationalité française énumérés dans l'art. 17 du Code civil ne sont pas les seuls. Il en existe un quatrième d'une réalisation plus commune. C'est le cas de la femme française qui épouse un étranger et devient ainsi étrangère par son mariage. Dans le cas où elle deviendrait veuve, il lui est facile d'abandonner sa patrie d'adoption à laquelle rien ne la rattache plus et de revenir à sa patrie d'origine. L'art. 19 du Code civil n'exige d'elle que l'accomplissement de conditions fort simples : « Si elle devient veuve, dit le § 2 de cet article, elle recouvrera la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre, avec l'autorisation du Président de la République et en déclarant qu'elle veut s'y fixer. »

Quelle sera la condition des enfants nés de ce mariage, dit M. Batbie, dans son rapport (Séance du 31 mai 1883, *J. off.* du 1er juin, p. 813). Ils sont étrangers et si la mère redevient Française, la famille sera régie par des lois diverses, ce qui amènera des complications pour le règlement des intérêts. Il est à présumer cependant que les enfants suivront leur mère et que, la plupart du temps ils auront la volonté d'adopter sa nationalité, car par la mort de leur père, ils ont perdu le motif le plus fort de tenir à la nationalité étrangère. » Ces enfants n'étaient cependant pas tous dans d'aussi mauvaises conditions, au point de vue de l'acquisition de la nationalité française. Leur situation variait suivant qu'ils étaient nés sur le territoire français ou sur le territoire étranger. Nés en France, ils pouvaient devenir Français, par le bienfait de la loi, en vertu de l'art. 9 du Code civil. Nés à l'étranger, c'étaient des étrangers ordinaires, qui ne pouvaient arriver à la patrie française, qu'au moyen de la naturalisation.

Dans les deux cas, dans le premier, parce que leur titre de Français était douteux, dans le deuxième, parce que leur titre d'étranger était certain, ils ne pouvaient ni contracter un engagement militaire, ni concourir pour l'admission aux écoles de

Digitized by Google

l'État. Tel était l'état du droit avant la loi du 28 juin 1883.

Cette loi a distingué entre les enfants nés en France et ceux nés à l'étranger. Ces derniers sont formellement exclus du bénéfice de ses dispositions. Ce n'est pas que le législateur aît définitivement condamné leurs prétentions. Le rapport de M. Batbie ne leur enlève aucune espérance. « La commission, dit-il, a pensé qu'il était sage de restreindre la proposition de loi aux mineurs nés sur le sol de France. Quant aux enfants nés à l'étranger, la commission n'entend pas se prononcer contre l'application qui pourrait leur être faite de la même faveur ; elle réserve seulement la question, parce qu'il convient de renvoyer à la loi définitive, une disposition qui, si elle est adoptée, ne passera pas probablement sans difficulté. » Les enfants de la femme redevenue Française, lorsqu'ils sont nés à l'étranger, sont donc, avant leur majorité, dans l'incapacité absolue d'acquérir le titre de Français, quelque puisse être du reste leur intérêt. Il n'est question dans la loi que de ceux qui sont nés en France. Ceux-ci peuvent, d'après le § 3 de la loi, s'engager, concourir pour les écoles, et, dans cette intention, opter pour la nationalité française aux conditions et suivant les formes réglées par la loi de 1882. En résumé, outre ce qui est prescrit par le droit commun, ils peuvent devancer leur choix pour la patrie française, moyennant deux conditions spéciales : d'abord, ils doivent être nés sur le territoire français et être aptes par conséquent à jouir du bénéfice de l'art. 9. Ensuite, il est nécessaire que depuis son veuvage leur mère soit redevenue Française, en se conformant aux prescriptions de l'art. 19. C'est ainsi que se trouveront rajeunies les légères controverses agitées sur ce dernier article. Elles auront un intérêt nouveau, intérêt qui se produisait rarement, par suite de la quasi-égalité de condition, entre les femmes françaises et les femmes étrangères.

Nous ne pouvons nous empêcher sur ce point d'adresser à la loi de 1883 une critique. Nous avouons ne pas comprendre la différence que cette loi établit au préjudice des enfants nés en pays étranger. Ceux-ci, devraient, selon nous, aussi bien que leurs frères nés en France, profiter du bienfait de la loi, et il est permis d'espérer que la loi générale, préparée par M. Batbie et

Digitized by Google

élaborée par le Conseil d'Etat, sera également favorable à tous ces enfants nés de la même mère.

Trois considérations paraissent militer en faveur de cette assimilation.

D'abord, la loi de 1883, dans son état actuel, sera le plus souvent inefficace. Elle ne déterminera pas, comme on l'espérait, le retour à la patrie des enfants de la femme devenue étrangère par son mariage et redevenue française après son veuvage. En effet ces enfants seront presque toujours ou du moins très souvent nés à l'étranger. Il y a sans doute beaucoup de Françaises qui changent de nationalité, sans changer de domicile, en épousant des étrangers fixés en France, mais non naturalisés. Le nombre de celles qui suivent leur mari au-delà des frontières n'est-il pas plus considérable? Nous reconnaissons cependant que ce premier argument pourrait être démenti par les données de la statistique. Mais il en est deux autres auxquels il nous paraît difficile de répondre.

La mère qui recouvre la qualité de Française, après son veuvage, se fixe en France. L'art. 19 du Code civil le veut et M. Batbie, dans un passage de son rapport, déjà cité plus haut, ajoute qu'il est à présumer que les enfants suivront leur mère et que d'ordinaire ils auront la volonté d'adopter sa nationalité. Car, ajoute-t-il, par la mort de leur père, ils ont perdu le motif le plus fort de se rattacher à une nation étrangère. Eh bien! ces raisons ne sont-elles pas exactement vraies pour tous les enfants, quel qu'ait été le lieu de leur naissance? Ceux qui sont nés en France ne suivront pas leur mère avec plus d'empressement que ceux qui sont nés à l'étranger, et ces derniers n'ont pas plus de raison que les premiers de tenir à leur ancienne patrie, après la mort du père. Soit dans la loi de 1882, soit dans la loi de 1883, on a paru désirer l'unité de patrie dans la famille et on a eu raison de la désirer. Cette unité n'est-elle pas sérieusement troublée par la distinction qu'a consacrée la loi de 1883? Enfin, comment justifier, au point de vue de l'équité naturelle, cette différence entre les enfants des mêmes parents, les uns pouvant grâce à la faveur de la loi, motivée par le hasard du lieu de leur naissance, embrasser les carrières de leur choix, les autres traités

Digitized by Google

comme des étrangers ordinaires et obligés à leur majorité de solliciter une naturalisation?

Pareille différence n'a pas lieu entre les enfants des étrangers naturalisés. Pour ceux-ci la loi de 1882 ne s'inquiète pas du lieu de leur naissance. Ils peuvent opter avant leur majorité soit qu'ils soient nés en France, soit qu'ils soient nés à l'étranger. Le retour de la veuve à la nationalité française prouve, plus encore qu'une naturalisation, l'intention de la famille de se fixer définitivement en France.

Enfin nous ferons appel à l'esprit de la loi. En principe, d'après le Code civil et d'après les lois qui s'y rattachent, la nationalité est fixée par le sang, le *jus sanguinis*, plutôt que par le lieu de la naissance, le *jus loci*. Dans l'hypothèse présente, il est bien certain que le motif réel de la faveur accordée se trouve dans l'origine française de la mère. La mère redevenant Française, rien n'était plus logique, plus politique même qu'encourager les enfants à se conformer à son exemple. Or cette raison de la loi n'existe-t-elle pas dans tous les cas et pour tous les enfants? N'est-ce pas en somme un sang primitivement français qui coule dans les veines de ceux qui sont nés à l'étranger? Pourquoi dès lors les traiter de façons diverses?

Jusqu'ici on a supposé une mère rentrée en France, mais il y a un autre cas sur lequel la loi de 1883 s'est également prononcée. Un enfant est né en France d'une femme française mariée à un étranger. Il perd son père et sa mère. L'art. 9 devra lui être seul applicable, puisque la condition exigée plus haut du retour de la mère à la nationalité française ne peut plus s'accomplir. Néanmoins, comme cet enfant est digne de la même sympathie que celui qui a conservé sa mère redevenue Française, la loi du 28 juin le couvre de la même protection. « Auront les mêmes droits les mineurs orphelins de père et de mère nés en France d'une femme française mariée à un étranger. »

Après ces deux lois, l'art. 9 paraît considérablement entamé. Le Code avait ajourné à l'année qui suit la majorité l'option en faveur de la nationalité française. Actuellement, presque tous les mineurs, nés en France, peuvent prendre parti, avant leur majorité.

Digitized by Google

Le droit d'option anticipé appartient en effet désormais :

1° Aux enfants nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés (Loi du 16 décembre 1874).

2° Aux enfants nés en France ou à l'étranger d'étrangers qui se sont fait naturaliser Français (Loi du 15 février 1882).

3° Aux enfants nés en France ou à l'étranger d'un Français qui a recouvré, en vertu de l'art. 18, la nationalité qu'il avait perdue, en vertu de l'art. 17 (même loi).

4° Aux enfants, nés en France, d'une femme qui, devenue étrangère par son mariage, est ensuite, depuis son veuvage, redevenue Française, conformément à l'art. 13 (loi du 28 juin 1883).

5° Aux enfants nés en France d'une Française mariée à un étranger et qui seront orphelins de père et de mère (même loi).

IV.

Il nous a paru intéressant de jeter, en terminant un rapide coup d'œil sur la législation des nations voisines et particulièrement sur la législation allemande. L'État allemand s'est trouvé, comme l'État français, en présence du problème des enfants nés sur son sol de parents étrangers. Ce problème, il l'a résolu en faveur de la prédominance du *jus sanguinis* sur le *jus loci*. La qualité d'étranger persiste et se transmet de générations en générations dans la même famille, tant qu'il ne s'y est produit aucun des événements dont la loi fait résulter un changement de patrie. Les enfants nés en Allemagne de parents étrangers naissent étrangers et demeurent étrangers : ils ne sont allemands, ni sous condition suspensive, ni sous condition résolutoire. A leur majorité, la loi ne leur propose aucune faculté d'option. Elle ne leur accorde que le bénéfice normal de la naruralisation dans les termes du droit commun (loi du 1er juin 1870, art. 2 et suiv.). Il semble toutefois qu'au point de vue du service militaire, les autorités allemandes aient une tendance à se départir du principe juridique, jusqu'alors suivi. C'est ainsi notamment que dans le Schleswig du Nord, les jeunes gens accomplissant leur vingtième année ont été récemment mis en demeure d'avoir à opter entre la nationalité prussienne avec les obligations militaires qui en résultent, et l'expulsion de leur pays natal. On voit combien notre

Digitized by Google

législation est plus humaine et plus respectueuse de la liberté individuelle. La question qui préoccupe la population du Schleswig se posera du reste inévitablement dans nos provinces d'Alsace-Lorraine, si les autorités allemandes persistent dans les intentions que semble révéler le rescrit du maréchal de Manteuffel du 28 août 1884. Il parait en effet certain que la même politique a été suivie dans le Schleswig et dans les provinces Alsaciennes.

En Belgique le système du Code civil, tel qu'il résulte de l'article 9, a prévalu. Toutefois, une loi du 6 août 1881 est venue compléter cette disposition (*Annuaire de Législation étrangère* de 1882, page 447) en permettant à l'enfant qui a omis d'invoquer le bénéfice de la loi dans le délai prévu, d'arriver plus facilement qu'un étranger ordinaire à la naturalisation. Dans tous les cas, l'enfant né sur le territoire belge de parents étrangers, n'est jamais Belge sous condition résolutoire. Il ne peut l'être que sous condition suspensive, car il n'existe pas de principe analogue à celui de notre loi de 1851.

Citons, en terminant, les art. 4 à 8 du Code civil italien qui admettent la règle de notre art. 9, quand le père de l'enfant n'est pas domicilié en Italie depuis plus de dix ans. Au cas où le père est domicilié en Italie depuis plus de dix ans, l'enfant est italien sous condition résolutoire; sa situation est ainsi analogue à celle de l'enfant né en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés. Comme on le voit, la législation italienne se préoccupe, au même degré que la nôtre, peut-être même plus vivement, de l'assimilation des générations étrangères nées sur son territoire.

CH. TESTOUD.

BIBLIOGRAPHIE.

COMMENTAIRE DE LA LOI SUR LES SYNDICATS PROFESSIONNELS
du 22 mars 1884,

d'après les documents officiels et les discussions parlementaires, suivi d'un formulaire,

Par MM. Alphonse LEDRU et Fernand WORMS, avocats à la Cour d'appel.

Compte-rendu par M. Raoul ROUSSET, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Si la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels a eu

Digitized by Google

pour but « de développer parmi les travailleurs l'esprit d'association », il faut reconnaître que le besoin de se grouper, de s'associer, s'était fait sentir de tous temps, et que leurs aspirations vers le libre exercice de ce droit s'étaient manifestées sous des formes bien diverses : on sait aussi quels obstacles il a fallu briser, quelles difficultés il a fallu aplanir, pour toucher au but que la nouvelle loi permet enfin d'atteindre.

Or, depuis longtemps des progrès incessants triomphaient de toutes les résistances et le législateur de 1884 n'a fait, pour ainsi dire, que « transformer en régime légal la tolérance qui avait permis la création de Chambres syndicales de patrons et d'ouvriers. »

L'étude des précédents historiques toujours intéressante, toujours utile, bien qu'un peu secondaire dans un ouvrage juridique, offrait ici un intérêt tout particulier : c'était l'histoire des anciennes corporations « opprimées et oppressives » de la vieille France, le récit de leurs luttes, le secret de leur impuissance et de leur transformation. Il y avait de quoi tenter la plume qui a écrit la remarquable introduction que nous trouvons en tête du volume : les auteurs n'ont pas résisté, peut-être même ont-ils cédé trop volontiers à cet attrait ; nous ne saurions pourtant leur reprocher d'avoir écrit des pages à la fois pleines de sens, de goût et d'érudition.

Nous ne pouvons suivre MM. Ledru et Worms dans le détail du commentaire de la loi qu'ils ont analysée, discutée article par article, avec une réelle compétence et une grande clarté. Ils ont très bien fait ressortir la portée significative de l'article 6 qui semble résumer toute la loi et lui donne son véritable intérêt. La personnalité civile est reconnue aux syndicats professionnels : mais ils ne sont pas seulement revêtus du droit d'ester en justice, « ils pourront être consultés sur tous les différends et sur toutes questions qui se rattachent à leur spécialité. » — On comprend que cette disposition ait dû provoquer une discussion assez vive au sein du Parlement ; car elle est en contradiction directe avec l'art. 429 du Code de procédure civile. On a bien essayé de soutenir que cette innovation ne portait aucune atteinte à cet art. 429 ; mais suffisait-il de substituer au mot « rapport », qui désignerait

Digitized by Google

l'œuvre d'un expert ou d'un arbitre, le mot « avis » pour caractériser et restreindre suffisamment le rôle du syndicat, ou plutôt pour concilier la disposition nouvelle avec l'article 429 ?

Nous ne croyons pas que le maintien dans notre législation de deux dispositions contradictoires puisse être accepté pour une conciliation de deux principes opposés, car la difficulté que soulève ainsi l'apparition des deux derniers paragraphes de l'article 6 ne nous semble pas résolue par l'explication de MM. Worms et Ledrū qui reconnaissent au tribunal la faculté d'ordonner, même après avis du syndicat, une expertise régulière.

D'ailleurs ils ne se font pas illusion sur la portée de l'explication qu'ils proposent; la contradiction ne leur a pas échappé et ils ont compris la gravité de l'objection; seulement ils en prennent leur parti : « Il faut bien reconnaître, disent-ils, qu'en fait on arrive à substituer l'avis des Chambres syndicales à l'expertise; mais qui s'en plaindrait? »

Les auteurs ont fait suivre leur étude des documents législatifs, des travaux préparatoires qui l'éclairent et la complètent; ils ont eu enfin l'excellente idée de donner un formulaire très complet dont la rédaction claire et précise sera certainement appréciée de tous, en même temps que les intéressés y trouveront la certitude de rédiger des statuts qui s'adapteront aux situations les plus diverses sans s'écarter des dispositions de la nouvelle loi.

Le livre de MM. Ledru et Worms est donc appelé à rendre dans la pratique les plus grands services. Il faut bien se résigner à la pensée que la loi du 21 mars 1884 soulèvera quelques difficultés dans son application : c'est le sort ordinaire des meilleures lois et nous devons admettre, avec M. Tolain, que celle-ci, pour libérale qu'elle soit, n'est point parfaite. D'autre part, M. le ministre de l'intérieur (circulaire du 25 août 1884) pense « que le laconisme de cette loi, qui est tout à l'avantage de la liberté, pourra causer au début quelques hésitations et quelques incertitudes » et qu'il « serait difficile de prévoir à l'avance toutes les difficultés qui pourront surgir. » Nous devons l'en croire sur parole et l'on ne pouvait réclamer avec plus d'autorité une étude approfondie de la matière qui fit disparaître les incertitudes et aplanît les difficultés redoutées.

Digitized by Google

MM. Ledru et Worms se sont chargés de ce soin. Ils ont attaché déjà leur nom à des travaux importants; nous leur devons une publication dont chaque jour démontre l'utilité et atteste la croissante prospérité; nous les savions ainsi très capables de mener à bien la tâche qu'ils s'imposaient, et le succès a pleinement répondu à notre attente. RAOUL ROUSSET.

LES ORIGINES DU SÉNAT ROMAIN,

Par M. G. BLOCH, ancien membre des écoles de Rome et d'Athènes.

Compte-rendu par M. Théodore REINACH, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Nous arrivons bien tard pour parler d'un ouvrage qui a déjà sa place marquée dans toutes les bibliothèques d'historiens ou de romanistes, à côté des deux volumes de M. Willems sur le *Sénat Romain*. Quoique les livres de MM. Bloch et Willems aient paru à peu près en même temps, ils ne font pas double emploi. Le savant professeur de Louvain est un esprit positif, rigoureux, épris de la certitude; s'appuyant sur un formidable échafaudage de textes authentiques et précis, il aime à se tenir sur le terrain solide des époques où l'investigation scientifique peut s'éclairer de documents contemporains; il ne se hasarde qu'à regret dans la brume des « origines », où la conjecture est la seule méthode praticable, où quelques textes tardifs et mutilés, témoignages incompris de ceux-là mêmes qui les fournissent, jettent de rares et fugitives lueurs sur un état social vite oublié. C'est précisément dans cette région mystérieuse que se complaît l'érudition sagace, pénétrante de M. Bloch. Si le traité de M. Willems est véritablement l'*histoire* du Sénat romain, celui de M. Bloch en est en quelque sorte la *préhistoire :* il s'arrête où la lumière commence.

On ne peut raconter les origines du Sénat romain sans raconter du même coup les origines du peuple romain : comme l'a dit très justement notre auteur, à propos même du travail de M. Willems, « les institutions de la vieille Rome forment un système si bien lié que la partie n'y est pas seulement une dépen-

Digitized by Google

dance, mais une réduction et une image du tout[1] ». Aussi M. Bloch a-t-il dû reprendre à son tour l'édifice tant de fois élevé, tant de fois renversé dans ce siècle sur les ruines du récit de Tite-Live. A-t-il mieux réussi dans cette tâche que ses précurseurs, que Niebuhr, Mommsen, Belot, Nitzsch, et tant d'autres dont il se plaît à reconnaître les mérites et à utiliser les découvertes ? Il semble, à entendre le langage modeste de M. Bloch, les précautions infinies dont il s'entoure, les réserves, les points d'interrogation qu'il multiplie, et jusqu'aux accents découragés qui lui échappent quelquefois, lorsque la matière rebelle, après avoir été triturée pendant vingt pages, se refuse décidément à prendre une forme intelligible, il semble que l'auteur doute lui-même de la solidité de son œuvre. Nous croyons qu'il y a quelque exagération dans ces scrupules et ces craintes, d'ailleurs si louables ; si M. Bloch ne peut se vanter d'avoir édifié le monument définitif, inébranlable, auquel il faut peut-être renoncer, il nous présente du moins un système d'une ordonnance simple, harmonieuse, logique, et qui, à défaut des textes, a pour lui cette vraisemblance interne, si proche parente de la vérité. On en jugera par ce très bref résumé des principales conclusions du livre :

1° *Origine du peuple romain.* — Le peuple romain n'est pas le résultat de la fusion de trois races différentes (Latins, Sabins, Etrusques). Il n'y a jamais eu qu'un seul et même noyau, et ce noyau est de race albaine, par conséquent latine : Rome est une colonie d'Albe la Longue, établie au milieu de populations aborigènes. Cette colonie se composait, suivant un usage qui s'est perpétué dans la fondation des colonies romaines, de trois cents familles ou *gentes*, groupées en *curies* (au nombre de 30) et en *tribus* (au nombre de trois : Ramnes, Tities, Luceres). La *gens* était l'unité primitive, la molécule sociale. Composée des *gentiles* proprement dits et de leurs clients, elle avait pour chef le plus âgé des *gentiles*, le *pater*, dans le sens primitif du mot. Elle formait une espèce de communauté, ayant d'une part un territoire indivis (probablement les pâturages), d'autre part des *heredia* ou lots particuliers de deux jugères (terrain arable), transmissibles par ordre de primogéniture. Ce régime économique

[1] *Revue historique*, XXIV, 1, p. 168.

Digitized by Google

et l'exiguïté du patrimoine commun eurent pour résultat d'arrêter l'essor de la reproduction. Les *gentes* patriciennes restèrent stationnaires ou diminuèrent; beaucoup disparurent promptement, un petit nombre seulement se multiplièrent assez pour se fractionner en plusieurs familles indépendantes qui, peu à peu, rompirent les liens qui les rattachaient à la famille mère. — Voilà la cité patricienne, l'Etat primitif; la plèbe n'y compte pour rien. Celle-ci, comme l'a vu Niebuhr, se compose de deux éléments : 1° clients émancipés par l'extinction de la race patronne; 2° habitants des villes vaincues, transportés à Rome (surtout sur l'Aventin) ou laissés sur le territoire conquis. L'existence de ce second élément, niée par M. Willems, nous est prouvée par ce fait que si toutes les familles patriciennes connues ont donné leur nom à des familles plébéiennes, la réciproque n'est pas vraie [1].

2° *Ordre équestre.* — L'État patricien comporte des charges et des honneurs. Au premier rang des charges figure le service coûteux de la cavalerie. Dès le début, les trois tribus, dont se composait la nation patricienne, y furent astreintes : chacune d'elles fournissait une centurie, c'est-à-dire cent cavaliers, nombre porté bientôt à deux cents. Sous Tarquin l'Ancien chaque centurie se dédouble : on obtient ainsi les six centuries patriciennes, *sex suffragia*, soit 1200 chevaliers. Servius Tullius ajoute à ces 6 centuries patriciennes 12 centuries composées de plébéiens opulents; mais les centuries primitives conservent certains privilèges honorifiques, notamment l'anneau d'or et la priorité de vote. Plus tard les centuries patriciennes se transforment en centuries *sénatoriales*, lorsqu'elles s'ouvrent à la classe de plébéiens qui recrute le Sénat renouvelé.

3° *Sénat.* — L'évolution du Sénat est parallèle à celle de l'ordre équestre qui, primitivement, n'est que le patriciat lui-même considéré sous un autre aspect; mais la correspondance n'est pas aussi exacte que l'ont cru les anciens, parce que le ser-

[1] Ceci pour les *nomina gentilicia*. Quant aux *prænomina* on sait que, très nombreux chez les plébéiens, ils étaient une trentaine au plus chez les patriciens, et que chaque famille avait les siens; plus tard la plèbe enrichie pri modèle sur les patriciens à cet égard. Elle leur emprunta de même l'usage des *cognomina*, dont M. Bloch discute longuement l'origine.

Digitized by Google

vice à cheval est une *charge*, tandis que l'admission à la curie est un *honneur*. Au début, la seule tribu privilégiée des *Ramnes* fournissait les sénateurs : ils étaient au nombre de 100, un par *gens;* c'était le conseil des pères de famille, des *patres*, au sens primitif du mot. Successivement les deux autres tribus furent admises à participer, au même titre, à la formation du Sénat, qui compta, à l'époque de Tarquin l'Ancien, 300 membres, répartis en 10 décuries, et dirigés par un *Conseil des dix* (*decemprimi*), qu'on retrouve plus tard dans les sénats municipaux. Une augmentation analogue s'observe dans la constitution des collèges des pontifes, des augures et des vestales. — L'extinction rapide d'un grand nombre de *gentes* a créé des vides dans le patriciat et, par suite, dans le Sénat. Pour les combler, on s'adresse d'abord (sans doute sous Tarquin) aux familles nobles aborigènes, qui peuplaient le territoire romain, et notamment le Quirinal, avant l'arrivée des colons d'Albe la Longue : ce sont les *gentes minores*. Mais le remède est insuffisant, car les mêmes causes continuent à produire les mêmes effets. Alors, par suite d'un relâchement progressif des liens religieux, on arrive à considérer comme des *gentes* indépendantes les diverses fractions de *gentes* qui ont prospéré et se sont morcelées; les chefs de ces branches cadettes sont élevés à la dignité de *patres*, mais comme leur nombre dépasse 300, une partie seulement de ces *patres* (*novo sensu*) est appelée à siéger à la curie; les sénateurs s'appellent désormais *patres conscripti*. — Après l'expulsion des rois, la création des magistratures annuelles amène un nouveau principe de classification pour le recrutement du Sénat; désormais les anciens magistrats, les *consulares*, qu'ils soient pères ou fils de famille, entrent de droit dans la haute assemblée; le nom de *patre* appliqué aux sénateurs cesse d'être exact. Enfin l'admission des plébéiens aux magistratures (fin du Ve siècle av. J.-C.) et le plébiscite Ovinien (fin du IVe) achèvent la ruine du Sénat patricien, et font définitivement du conseil dirigeant de la République une réunion d'anciens magistrats, triés par les censeurs.

On voit, par cette rapide analyse, combien le système de M. Bloch est ingénieux et complet, combien il respecte ce caractère éminemment conservateur, ce goût des transitions

Digitized by Google

pacifiques et graduelles qui distingue le peuple romain à toutes les époques de son histoire. Qu'une pareille construction puisse soulever des objections de détail nombreuses, cela est évident. Par exemple, si la tradition de l'origine tripartite du peuple romain n'a pas de valeur historique, où, quand et comment cette tradition a-t-elle pu prendre naissance? N'existe-t-il pas, dans l'histoire des colonies grecques, des exemples d'établissements mixtes de ce genre[1]? Comment expliquer, autrement que par une différence de race, la prééminence de la tribu des *Ramnes* sur les deux autres? L'idée que se fait M. Bloch du régime économique et familial de la Rome primitive est-elle bien exacte? Comment se fait-il que tout vestige de ce droit d'aînesse, qu'il suppose, ait disparu dès l'époque des Douze Tables? Comment, si les *gentes* patriciennes étaient si peu fécondes, rendre compte de la fréquence des prénoms Quintus, Sextus, Decimus, qui ne peuvent signifier autre chose que 5e, 6e, 10e fils? — Nous n'insisterons pas, car ces objections, dont quelques-unes ne sont peut-être pas sans réponse, ont dû se présenter, sans doute, à l'esprit de M. Bloch; il nous excusera de les rappeler, puisqu'il pense, comme nous, que si « l'histoire n'est pas tenue de résoudre toutes les difficultés, elle se doit de n'en dissimuler aucune. »

THÉODORE REINACH.

[1] Hermann, *Griech. Staatsalterthümer*, § 80 (Locres d'Italie, etc.).

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT MARITIME ET DE DROIT INDUSTRIEL.

(Année judiciaire 1883-1884).

Par M. Ch. Lyon-Caen,
professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'École des sciences politiques.

§ 1er. DROIT MARITIME ET ASSURANCES.

PROPRIÉTAIRE DE MARCHANDISES. — FRAIS DE SAUVETAGE FAITS PAR LE CAPITAINE OU L'ARMATEUR. — ÉTENDUE DES OBLIGATIONS DU PROPRIÉTAIRE DES MARCHANDISES. — Ch. civ. cass. 2 avril 1884 [1].

Il arrive parfois qu'afin d'assurer l'heureuse arrivée à destination des marchandises composant la cargaison, un armateur ou le capitaine fait des actes variés qui entraînent des dépenses ou des engagements. Ainsi l'on peut supposer soit que le capitaine a fait un sacrifice volontaire constituant une avarie commune pour sauver la cargaison, soit qu'il a emprunté à la grosse sur elle, soit qu'il a fait des dépenses dans le but d'opérer le sauvetage des marchandises. Il n'est pas douteux que, dans ces divers cas, l'armateur ou le capitaine peut, en principe, se faire rembourser par le chargeur. Mais quelle est l'étendue de son droit? Peut-il se faire payer sur tous les biens du chargeur ou a-t-il seulement contre lui une action limitée aux marchandises pour lesquelles les dépenses ont été faites ou les engagements contractés? Cette question n'a pas été tranchée expressément par les lois françaises. L'art. 216 C. com., en posant le grand principe de l'abandon du navire et du fret, détermine bien dans quelle mesure l'armateur est obligé à raison des actes du capitaine ; mais aucune disposition formelle semblable n'existe dans notre législation relativement aux droits du capitaine ou de l'armateur contre les chargeurs à raison d'actes faits par lui dans l'intérêt de la cargaison. De là naît la question résolue par la Chambre civile dans son arrêt du 2 avril 1884. Dans l'espèce, il s'agissait de frais de

[1] *Journal du Palais*, 1885, p. 39.

Digitized by Google

sauvetage des marchandises. La Chambre civile reconnaît que les propriétaires des marchandises ne peuvent être tenus de rembourser ces frais sur leur fortune de terre. Voici le texte fort court de l'arrêt :

« La Cour ; — Sur les deux moyens réunis du pourvoi : — « Vu les art. 401 et 404, C. com. ; — Attendu qu'il résulte de « la combinaison de ces articles que le règlement d'avaries, soit « communes, soit particulières, ne donne en principe, ouverture « contre l'affréteur qu'à une action purement réelle, dont l'exer- « cice ne peut être poursuivi que sur les marchandises qui ont « fait le sujet du contrat d'affrétement, ce qui exclut, par consé- « quent, toute action personnelle pouvant affecter sa fortune de « terre; qu'il suit de là que l'affréteur ne saurait être obligé au « paiement des frais de sauvetage de la marchandise pour une « somme supérieure à leur valeur ou à leur prix, etc... »

La solution même de la Chambre civile a toute notre approbation. Mais les motifs de l'arrêt sont insuffisants ou peu clairs : ils ne justifient pas nettement la doctrine, si exacte et si conforme à l'esprit de nos lois, selon laquelle les chargeurs ne peuvent être tenus sur leur fortune de terre à raison des actes de l'armateur ou du capitaine faits dans l'intérêt des marchandises.

L'argument tiré des art. 401 et 404 C. com. est peu intelligible. Aucune de ces deux dispositions n'a, en réalité, trait à la question. Ces articles se bornent à déterminer par qui sont supportées les avaries, soit communes, soit particulières. Si la limitation du recours du capitaine ou de l'armateur aux marchandises ne pouvait être justifiée que par ces dispositions, elle serait fort mal établie.

Ce n'est pas tout. La Chambre civile, pour formuler la conséquence qu'elle prétend tirer des art. 401 et 404, dit que ces articles impliquent que l'action donnée contre les chargeurs est une action *purement réelle*. Il ne faut assurément pas s'attacher à l'idée que semble impliquer cette formule. Autrement elle devrait être condamnée au nom des principes fondamentaux du droit. Si l'on prend l'expression dans son sens ordinaire, l'action réelle est celle qui garantit un droit réel. Or l'armateur ou le capitaine n'a pas de droit réel sur les marchandises. Sans

Digitized by Google

doute, dans bien des cas, un privilège peut exister sur elles à son profit. Ainsi les frais de sauvetage notamment sont privilégiés en vertu de l'art. 2102-3°, C. civ. Mais si un privilège est un droit réel, il a un caractère accessoire, il présuppose l'existence d'une créance qu'il est destiné à garantir. Le privilège du capitaine ou de l'armateur ne peut donc justifier le caractère purement réel attribué par la Chambre civile à l'action qui existe contre les chargeurs.

L'arrêt a sans doute pris l'expression *action réelle* dans le sens détourné où l'employaient nos anciens auteurs, quand ils disaient que l'action en contribution aux avaries communes est *réelle de sa nature* ou *in rem scripta*. Ils voulaient indiquer que cette action s'éteint lorsque les marchandises soumises à la contribution périssent avant de parvenir à destination. Il y a là une formule amphibologique qui jette sur la question une obscurité fâcheuse.

La vérité est que l'action donnée au capitaine ou à l'armateur contre le chargeur à raison soit d'une avarie commune, soit de frais faits pour les marchandises, est une action personnelle. Seulement le chargeur a une faculté semblable à celle qui appartient à l'armateur en vertu de l'art. 216 C. com.; il n'est tenu que sur les marchandises et se libère, par suite, en les abandonnant.

Comment l'action de l'armateur ou du capitaine ne serait-elle pas personnelle, alors qu'elle a pour but d'obtenir l'exécution d'une obligation du chargeur? Quand il s'agit de la contribution aux avaries communes, l'obligation du chargeur résulte, selon les uns, du contrat d'affrétement; selon les autres, du principe général d'équité, d'après lequel une personne ne peut s'enrichir injustement au préjudice d'une autre. Dans le cas où des dépenses ont été faites par le capitaine ou l'armateur pour les marchandises, le chargeur est obligé, parce qu'en vertu même du contrat d'affrétement le capitaine ou l'armateur est chargé de faire tout ce qui est utile pour l'arrivée de la cargaison à bon port. On peut dire que le contrat d'affrétement renferme à cet égard un mandat tacite.

Mais ne découle-t-il pas de l'obligation personnelle du chargeur qu'il est tenu sur tous ses biens? On l'a soutenu d'une façon fort spécieuse. Le principe général, a-t-on dit, est qu'un

Digitized by Google

débiteur est tenu sur tous ses biens (art. 2092, C. civ.). A ce principe il y a des exceptions : nos lois en font pour le propriétaire du navire (art. 216, C. com.), pour l'héritier bénéficiaire (art. 802, C. civ.), etc... Ces exceptions sont consacrées par des textes formels. Il n'y a aucune disposition légale du même genre pour les chargeurs. Aussi faut-il pour eux rentrer dans la règle de l'art. 2092, C. civ.

Cependant la faculté d'abandon nous paraît devoir être admise. Les textes du Code de commerce, la tradition, les usages, les besoins du commerce de mer nous paraissent commander cette solution qu'adoptent la plupart des auteurs et des décisions judiciaires.

En ce qui concerne la contribution aux avaries communes, il n'y a pas de doute sérieux possible. Le montant de la contribution afférente au chargeur est calculé sur la valeur qu'ont les marchandises à leur arrivée à destination (art. 417 et 424, C. com.). La part contributive des chargeurs diminue avec cette valeur. Quand les marchandises n'arrivent pas à destination, l'obligation des chargeurs doit disparaître : elle manque pour ainsi dire de base, il n'y a plus de *criterium* pour en déterminer l'étendue.

Si l'obligation du chargeur n'est qu'une sorte d'obligation *propter rem* relativement aux avaries communes, pourquoi aurait-elle un caractère différent quand il s'agit du remboursement de dépenses constituant soit des avaries particulières aux marchandises, soit des frais de sauvetage? La différence serait inexplicable.

L'obligation illimitée du chargeur serait même, en réalité, en contradiction avec les dispositions des art. 216 et 381, C. com. L'art. 381 supposant que l'assuré a fait travailler au sauvetage, ne lui reconnaît le droit de se faire rembourser par l'assureur que jusqu'à concurrence des effets recouvrés. Pourquoi le capitaine ou l'armateur aurait-il pour ces mêmes frais des droits plus étendus que l'assuré n'en a contre l'assureur?

A nos yeux, l'art. 216 C. com. a une portée encore plus décisive. Il admet que l'armateur n'est tenu que sur sa fortune de mer des obligations du capitaine et peut, par suite, se libérer par

Digitized by Google

l'abandon du navire et du fret. Sans doute l'art. 216 ne parle pas plus que l'art. 381 des chargeurs. Mais on ne pourrait concevoir que les chargeurs fussent tenus d'une façon plus étendue que l'armateur. Cela serait d'autant plus singulier et même inique au cas où c'est le capitaine qui a fait les dépenses, que, sauf dans des hypothèses très rares, les chargeurs ne participent point au choix du capitaine. On ne peut donc leur reprocher, comme on peut le faire dans une certaine mesure à l'égard de l'armateur, d'avoir commis une négligence en choisissant un mandataire inhabile ou malhonnête.

La tradition est favorable à cette solution. L'ordonnance de 1681, qui parlait, comme le fait le Code de commerce, des obligations des armateurs, gardait le silence sur celles des chargeurs. Cependant Valin et Émérigon, dans de nombreux passages de leurs grands ouvrages, déclaraient que les obligations des chargeurs étaient restreintes aux marchandises ou à leur produit. Émérigon (chap. IV, sect. XI, § 3, *Traité des contrats de grosse*) supposant que le propriétaire d'un navire, comme cela avait lieu souvent autrefois, était aussi propriétaire de la cargaison, dit qu'il est tenu des faits du capitaine *jusqu'à la valeur du navire et du fret ainsi que de la valeur des marchandises confiées à ses soins.*

Nous avons eu l'occasion de développer ces idées dans un Recueil de jurisprudence [1], et la dissertation qui y a été insérée a été ici même l'objet d'une mention de la part de M. de Courcy [2]. Ce savant auteur s'est attaché, en réalité, à démontrer trois points.

1° Il est inexact de dire que le capitaine (ou l'armateur) soit le mandataire des chargeurs. C'est un simple gérant d'affaires.

2° Quand des dépenses ont été faites par le capitaine (ou l'armateur) pour les marchandises, il y a lieu d'appliquer les principes généraux du droit sur la gestion d'affaires.

3° Il n'y a pour les chargeurs aucune règle spéciale analogue à celle de l'art. 216. Seulement, dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, les dépenses n'ayant pas été faites utilement, le chargeur n'était tenu que sur les marchandises à raison du privilège de l'art. 2102-3°, C. civ.

[1] *Journal du Palais*, 1885, pag. 39 et suiv.

[2] *Revue critique*, 1885, pag. 304 et suiv.

Digitized by Google

Nous regrettons profondément d'être en droit absolument en désaccord avec M. de Courcy, à l'opinion duquel nous attachons ordinairement le plus haut prix. Le capitaine ou l'armateur n'est pas un gérant d'affaires. Cette qualification ne convient qu'à celui qui, sans y être aucunement obligé, s'occupe de l'affaire d'autrui. C'est là une idée élémentaire qu'aucun jurisconsulte ne paraît avoir jusqu'ici contestée. Le capitaine ou l'armateur est tenu de donner tous ses soins aux marchandises, de faire le nécessaire pour les conduire à destination en bon état, en vertu du contrat d'affrétement. Ce contrat contient un mandat tacite de faire toutes les dépenses utiles dans ce but. Du reste, s'il y avait là une simple gestion d'affaires et s'il fallait, comme le prétend M. de Courcy, appliquer les règles du droit commun, on n'arriverait *jamais* (quoiqu'il en dise) à limiter aux marchandises les obligations des chargeurs. De deux choses l'une, ou les dépenses faites auraient été utiles ou elles ne l'auraient pas été. Dans le premier cas, le chargeur serait tenu sur tous ses biens. Dans le second cas, il serait tenu jusqu'à concurrence du profit résultant des dépenses faites (*de in rem verso*); mais dans cette mesure il le serait sur tous ses biens ; jamais il ne pourrait prétendre que les créanciers ne peuvent s'en prendre qu'aux marchandises.

M. de Courcy nous dit bien que les frais de conservation sont garantis par le privilège de l'art. 2102-3°, C. civ. Mais quel profit M. de Courcy peut-il tirer de cette affirmation très exacte, du reste, en elle-même? Le privilège suppose une créance qu'il garantit. Toute créance permet, d'après le droit commun, au créancier de se faire payer sur tous les biens du débiteur. A cet égard, la gestion d'affaires ne présente aucune dérogation aux principes. Il y en a une, mais elle est toute spéciale au droit maritime, nous croyons l'avoir démontré. M. de Courcy, contrairement à ses habitudes, s'en tient rigoureusement au texte. L'art. 216 C. com. ne parle que du propriétaire du navire, non des chargeurs. Cela suffit à M. de Courcy pour refuser aux chargeurs, en règle, le bénéfice de l'abandon. On lui objecte qu'on ne concevrait pas que le législateur eût plus mal traité le chargeur que l'armateur, qu'il y aurait là une contradiction choquante, une véritable injustice. Peu importe à M. de Courcy. Il s'en tient au texte.

Digitized by Google

Il nous semble que le savant et brillant publiciste est tombé dans un défaut qu'il a si souvent (et non parfois sans raison) reproché aux jurisconsultes ; pour employer ses propres expressions, il est tombé là dans les excès de l'esprit légiste. Lui-même n'y échappe pas ! Sa manière de raisonner à propos de cette question est tellement en désaccord avec la largeur ordinaire de ses vues que nous croyons qu'il en arrivera un jour à étendre, avec nous, le principe de l'art. 216, C. com., aux propriétaires de la cargaison.

AFFRÉTEMENT. — DÉPOT EN MAINS TIERCES. — DROIT ABSOLU. — USAGE CONTRAIRE.
Cass. 5 mars 1884 [1].

En matière de transport terrestre, le voiturier peut retenir la marchandise transportée jusqu'au paiement du prix du transport. Le capitaine n'a pas, au contraire, le droit de retenir les marchandises dans le navire jusqu'au paiement de son fret; elles continueraient à y courir de trop grands risques. Mais, en définitive, le capitaine n'est pas tenu de se dessaisir d'elles pour les remettre au destinataire avant d'avoir reçu le fret ; il peut demander au tribunal d'en autoriser le dépôt en mains tierces (art. 306, C. com.). Le capitaine a-t-il nécessairement ce droit, qui pour lui remplace le droit de rétention du voiturier? La Chambre civile le décide, en cassant un arrêt de la Cour de la Martinique qui avait refusé au capitaine le droit de réclamer le dépôt en mains tierces, en se fondant sur ce qu'il existe à Saint-Pierre (port de destination) un usage contraire par suite duquel, à moins qu'il n'y ait des doutes sur la solvabilité du destinataire, les marchandises doivent lui être livrées même avant le paiement du fret.

Nous avons peine à comprendre cette décision. La plupart des dispositions de nos lois commerciales sont purement interprétatives de la volonté des contractants. Aussi une convention formelle peut-elle écarter, en général, ces dispositions et un usage contraire peut-il les faire exclure. Cela n'est pas vrai assurément des dispositions prohibitives ou impératives ; l'usage, pas

[1] *Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1884, II, 75, *journal du Palais*, 1885, p. 271.

Digitized by Google

plus que la convention, n'a des effets contre elles. Mais rien n'indique que tel soit le caractère de l'art. 306. Pourquoi le capitaine ne renoncerait-il pas, dans la charte-partie ou dans le connaissement, au droit de demander le dépôt en mains tierces ? C'est une garantie introduite en sa faveur, il peut l'abandonner par avance. S'il en est ainsi, il n'y a aucune bonne raison de ne pas admettre qu'un usage contraire à l'art. 306 peut le faire exclure dès l'instant que cet usage est bien établi, et il n'y avait dans l'espèce à cet égard aucune contestation.

Il faut, d'ailleurs, constater que la Chambre civile affirme sa doctrine plutôt qu'elle ne la fonde sur de véritables motifs. Elle se borne à dire en visant l'art. 306 : *Attendu que cette disposition étant formelle, tout usage contraire est sans force pour en faire écarter l'application.* Il est vrai que l'art. 306 ne contient aucune réserve. Mais faut-il donc qu'une disposition légale admette expressément la convention ou l'usage contraire, pour qu'il puisse y être dérogé? Ce motif de notre arrêt le donnerait à penser ; pourtant une pareille doctrine n'a jamais été soutenue. Il y a bon nombre d'articles de nos lois qui ne réservent ni la convention ni l'usage contraire et contre lesquels cependant la volonté des parties ou l'usage peut prévaloir, par cela même que leur but même implique qu'ils ne sont ni prohibitifs ni impératifs. Qui, par exemple, pour ne pas sortir des matières maritimes, hésite à admettre que les risques de guerre peuvent être exclus d'une assurance malgré la disposition de l'art. 350, C. com., ou que les cas de délaissement énumérés par l'art. 369, C. com. peuvent être restreints ou étendus ?

ASSURANCE SUR LA VIE. — RACHAT. — CRÉANCIERS. — DROIT PERSONNEL. — C. Rouen 18 janvier 1884 [1].

La difficulté résolue par la Cour de Rouen se rattache à la clause de rachat qui est de style dans les polices d'assurances sur la vie et qui se trouve, par suite, parmi les clauses imprimées en tête de ces polices sous le titre de *conditions générales.* D'après la clause de rachat, lorsque les primes de trois années au

[1] Journal *La Loi*, n° du 30 octobre 1884; *Journal des assurances*, 1884, p. 554.

Digitized by Google

moins ont été acquittées, la compagnie rachète les polices, sur la demande des intéressés. Le rachat n'est pas autre chose que la résiliation conventionnelle immédiate de la police ; pour l'opérer, la compagnie paie au comptant à l'assuré une somme calculée notamment d'après le montant des primes payées et mises en réserve, sous la déduction d'une somme retenue pour indemnité de résiliation.

Le droit de rachat peut-il être exercé par les créanciers de l'assuré, qui, après avoir manifesté la volonté de l'exercer, formeraient une saisie-arrêt sur le prix du rachat dû par la Compagnie? La Cour de Rouen, dans son arrêt du 12 janvier 1884, admet la négative. Nous approuvons pleinement cette opinion, que le tribunal civil des Andelys avait repoussée.

Le jugement de première instance, pour donner gain de cause aux créanciers, s'était borné à invoquer le principe général de l'art. 1166 C. civ. Mais il avait laissé de côté l'exception même formulée par cet article pour les droits et actions attachés à la personne. Le droit de rachat est à ranger au nombre de ceux-ci. La cour de Rouen dit excellemment dans les motifs de son arrêt que *la faculté de rachat par la compagnie, à la demande des intéressés, se rattache à un ordre de faits et de sentiments où il paraît impossible d'admettre que la volonté d'un tiers puisse devenir prépondérante et se substituer à la volonté du père de famille.* En faisant une assurance sur la vie, *le père de famille obéit à des calculs et à des préoccupations dont personnellement et seul il doit être l'appréciateur souverain et rester le juge.*

La largeur de ces motifs indique que la Cour de Rouen admet cette solution si juste dans toutes les hypothèses. Toutefois l'on peut, ne serait-ce que pour plus de clarté, distinguer deux sortes d'assurances sur la vie. Les unes sont souscrites au profit de l'assuré ou au profit de sa succession. Les autres le sont au profit de tiers désignés dans la police qui en acceptent le bénéfice et touchent le capital assuré indépendamment de toute qualité héréditaire. Dans le premier cas, la question que nous examinons est douteuse. Elle ne saurait l'être dans le second par cela même que l'assuré n'a pas de droit au bénéfice de l'assurance. Dans

Digitized by Google

l'espèce de l'arrêt de Rouen, il n'y avait pas de droit acquis au profit des tiers désignés dans la police, parce qu'il n'y avait pas eu de leur part d'acceptation régulière. Aussi l'arrêt se fonde-t-il, pour repousser la demande des créanciers de l'assuré, sur les motifs les plus généraux.

La question se posait à propos d'un assuré qui n'était pas en faillite. On conçoit qu'elle s'élève aussi à l'occasion de la faillite de l'assuré; il s'agit alors de savoir si les syndics peuvent exercer le droit de rachat comme représentant la masse des créanciers. Nous ne voyons pas de bonne raison pour écarter en ce cas la solution que nous avons admise en dehors du cas de faillite. Le failli est sans doute dessaisi au profit de la masse et les syndics exercent ses droits ; mais le dessaisissement s'applique, quelque général qu'il soit, exclusivement aux droits qui ne sont pas attachés à la personne du failli.

Du reste, il ne faut pas exagérer la portée de notre solution. Sans doute elle implique que les créanciers ne peuvent, en substituant leur volonté à celle de l'assuré, racheter la police ; mais même avec elle, si l'assuré exerce le droit de rachat, le bénéfice pécuniaire résultant de son exercice peut être saisi par les créanciers. Des créanciers prévoyants et craintifs pourraient donc à la rigueur former une saisie-arrêt entre les mains de la Compagnie à laquelle leur débiteur est assuré sur la vie, pour le cas éventuel où il demanderait le rachat de sa police.

§ 2. DROIT INDUSTRIEL.

NOM COMMERCIAL. — REVENTE DES MARCHANDISES SOUS LE NOM DU FABRICANT PAR LE DÉBITANT. — Cass. req. 21 mai 1884 [1].

La loi du 23 juin 1857 distingue nettement les marques de fabrique et de commerce. Les unes servent à indiquer le producteur même, les autres désignent l'intermédiaire par les mains desquels des objets passent avant d'être livrés à la consommation. Les deux sortes de marques ont leur utilité; car, s'il y a des fabricants qui ont acquis une réputation spéciale par suite des

[1] *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1885, pag. 54 et suiv. ; *Journ. du Palais*, 1884, p. 680.

Digitized by Google

qualités qu'ils donnent à leurs produits, il y a des commerçants jouant le simple rôle d'intermédiaires, qui obtiennent une grande renommée par le soin avec lequel ils savent choisir les marchandises qu'ils achètent aux producteurs pour les revendre aux consommateurs. Il peut, par suite, arriver que sur une même marchandise deux marques distinctes soient apposées, l'une par le fabricant, l'autre par le commerçant intermédiaire, qui a ajouté la sienne à celle du fabricant. A moins de convention contraire, le commerçant n'est pas tenu de faire disparaître la marque du fabricant, il peut la laisser subsister en revendant les marchandises dans l'état même où il les a achetées de lui. Un commerçant peut-il ne pas se borner à cela, mais encore annoncer au public, soit par des affiches soit par la voie des journaux, soit par d'autres moyens, qu'il débite des marchandises provenant de telle ou telle fabrique? N'y a-t-il pas, dans ce fait, sinon une usurpation de marque, du moins un fait de concurrence déloyale donnant lieu à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382, C. civ.? La Chambre des requêtes saisie de cette question a reconnu le droit du commerçant et déclaré qu'il n'y a pas là un fait de concurrence déloyale. Cette solution est à l'abri de toute critique. On ne voit pas réellement pourquoi le commerçant, qui peut vendre ses marchandises avec la marque de fabrique dont ils sont revêtus, n'emploierait pas d'autres moyens pour annoncer l'origine de ces marchandises qui contribue à les recommander au public. Une convention formelle serait nécessaire pour enlever ce droit naturel et utile aux intermédiaires. Toutefois il paraît juste d'admettre une restriction. Il ne faut pas que l'intermédiaire fasse croire par sa façon d'agir, par la manière dont sont conçus ses prospectus, annonces, etc., qu'il est le représentant ou le dépositaire spécial du fabricant. Un fabricant a le droit absolu de n'avoir pas de représentant ou de choisir qui bon lui semble comme tel. Le fait de se faire passer à tort comme représentant ou dépositaire spécial d'un fabricant peut, d'après les circonstances, être considéré comme un fait constitutif de la concurrence déloyale [1].

[1] Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de commerce*, 2e édition, n° 471, page 458.

Digitized by Google

BREVET D'INVENTION. — APPORT EN SOCIÉTÉ. — FORMALITÉ DE LA LOI DU 5 JUILLET 1844 [1].

Les cessions de brevets sont soumises à des formalités de publicité spéciales (L. 5 juillet 1844, art. 20). Doivent-elles être remplies dans le cas très fréquent où l'apport d'un brevet en pleine propriété est fait par un associé à une société? Nous avons vivement critiqué dans cette *Revue* [2] un arrêt de la Chambre criminelle du 19 juin 1882 qui refusait d'appliquer en pareil cas l'art. 20 de la loi de 1844. Plusieurs décisions judiciaires rendues depuis, au nombre desquelles se trouve un jugement du tribunal civil de la Seine du 11 mars 1884, ont adopté pleinement la doctrine que nous avons défendue ici. S'il n'y a pas encore là un véritable revirement dans la jurisprudence, il y a, tout au moins, un symptôme avant-coureur d'un changement prochain qui entraînera même, nous l'espérons, la Cour de cassation.

BREVET D'INVENTION. — LICENCE. — SOCIÉTÉ. — DROIT DE POURSUITE. — Cass. 14 mars 1884 [3].

Deux sortes de conventions principales visées par la loi du 5 juillet 1844 (art. 20 et 22) interviennent souvent relativement aux brevets d'invention : des *cessions* et des *concessions de licences*. Les effets de ces deux sortes de conventions sont bien différents. La cession fait passer au cessionnaire la propriété du brevet avec tous les droits qui en dépendent, notamment le droit d'exercer des poursuites contre les contrefacteurs. Au contraire, la concession d'une licence n'enlève pas la propriété du brevet au breveté, il est seulement tenu d'en laisser la jouissance au concessionnaire. On a souvent dit que la concession d'une licence est à la cession d'un brevet ce que le louage d'une chose corporelle est à la vente. Il est généralement reconnu que dans le cas de concession d'une licence, le droit de poursuivre les contrefacteurs continue d'appartenir au breveté. Certains auteurs ont vu là une règle absolue. Ils commettent une erreur qui se trouve justement condamnée par l'arrêt de la Chambre criminelle du 14 mars 1884.

[1] Tribunal civil de la Seine, 11 mars 1884 (*La Loi*, n° du 28 mai 1884).

[2] 1883, p. 655 et suiv.

[3] *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1885, p. 73.

Digitized by Google

Rien n'empêche un breveté, en concédant une licence, de convenir que le *licencié* pourra poursuivre les contrefacteurs, encore que la propriété du brevet ne repose pas sur la tête de celui-ci. Cette convention peut être expresse; les parties peuvent restreindre ou étendre à leur gré les effets de la transmission des droits divers que le brevet renferme. Comme il n'y a rien de sacramentel en pareille matière, on ne voit pas pourquoi l'intention de conférer au licencié le droit d'exercer des poursuites contre les contrefacteurs ne pourrait pas s'induire de circonstances. La Chambre criminelle a donc fort justement décidé que la concession d'une licence faite en termes absolus par un associé à une société, de façon à ce que cet associé ne puisse accorder des licences à d'autres, peut être considérée en fait comme impliquant la cession du droit de poursuivre les contrefacteurs, du moins pendant la durée de la licence.

BREVET D'INVENTION. — OMISSION DE LA FORMULE : *sans garantie du gouvernement.* — VENTES. — PRESCRIPTION. — Cass. 16 mai 1884 [1].

La loi du 5 juillet 1844 a pris une précaution pour éviter que le public ne s'imagine qu'un brevet constate la nouveauté, la valeur et l'efficacité d'une invention. Elle défend au breveté de mentionner sa qualité de breveté ou son brevet sans addition des mots : *sans garantie du gouvernement,* et l'art. 33 de cette loi prononce une amende contre le breveté contrevenant. Cette disposition est fort rarement appliquée ; les brevetés tournent, en général, la loi en se bornant à se servir des initiales *s. g. d. g.*, et le ministère public ainsi que les intéressés ferment les yeux. Cependant, sur les poursuites d'un concurrent, un breveté a encouru, en vertu de l'art. 33, plusieurs condamnations prononcées par la Cour de Nancy. Le breveté avait mis dans le commerce les objets auxquels s'appliquait son brevet, sans ajouter au mot breveté l'indication spéciale prescrite par la loi de 1844. Le fait remontait à plus de trois ans. Mais depuis, ces objets avaient été vendus par des intermédiaires. Le délit était-il couvert par la prescription ? La Cour de Nancy avait écarté la prescription en considérant le

[1] *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1885, p. 5 et suiv.

Digitized by Google

délit puni par l'art. 33 de la loi du 5 juillet 1844 comme un délit successif qui naît de la mise en vente du produit breveté et ne cesse qu'avec cette mise en vente. La Chambre criminelle a cassé les arrêts de la Cour de Nancy. Nous approuvons pleinement la décision de la Cour suprême. Le délit est consommé par cela seul que les objets portant la mention *breveté* sans aucune addition ont été mis en vente par le breveté. Il résulte du texte de l'art. 33 que ce fait ne constitue un délit qu'autant qu'il est accompli par le breveté lui-même ou par l'un de ses préposés ou mandataires. Des ventes opérées par des intermédiaires n'ayant pas cette qualité ne sont pas punies par la loi. Le breveté ne peut en être responsable ; car il y a là des faits qui ne lui sont pas imputables.

PROPRIÉTÉ ARTISTIQUE. — ARCHITECTE. — REPRODUCTION PHOTOGRAPHIQUE. — CONTREFAÇON. — Cour de Liège 18 juillet 1884 [1].

La législation belge sur la propriété littéraire et artistique laisse autant à désirer que la égislation française. Les efforts faits depuis une dizaine d'années pour doter la Belgique d'une loi complète sur la matière n'ont pas été jusqu'ici couronnés de succès. La base de la législation belge, comme de la nôtre, se trouve dans le décret de la Convention nationale du 17 juillet 1793. Ce décret est le seul texte qui détermine les œuvres protégées. Il ne le fait pas d'une façon très claire. L'obscurité du décret de 1793 a fait naître en Belgique, aussi bien qu'en France, la question de savoir si les architectes ont sur leurs œuvres un droit exclusif comme les artistes en général. C'est cette question qu'a eu à résoudre la Cour de Liège.

Elle n'est pas absolument douteuse et il importe de déterminer les limites de la controverse. Il n'a jamais été contesté que, comme tout dessinateur, l'architecte a sur ses dessins un droit exclusif, grâce auquel il peut empêcher toute autre personne de les reproduire. Mais, une fois que le monument est achevé, l'architecte peut-il empêcher de le reproduire soit par la gravure, la photographie, etc., soit de faire un monument semblable ?

La Cour de Liège, conformément à la jurisprudence française,

[1] *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1884, p. 314.

Digitized by Google

reconnaît le droit de l'architecte. Nous adhérons pleinement à cette solution. Les arguments produits par quelques auteurs en sens contraire ne résistent pas à l'examen. Pour nier le droit des architectes, on invoque les textes, soit du décret du 17 juillet 1793, soit du Code pénal. L'art. 1er du décret de 1793 est ainsi conçu : *Les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière du droit exclusif*, etc... Cette disposition, qui énumère les œuvres protégées par la loi, ne fait, dit-on, aucune mention des œuvres d'architecture. Il en est de même de l'art. 425 du Code pénal qui donne la définition du délit de contrefaçon en matière littéraire en artistique. On ajoute que la loi prononce la confiscation des objets reconnus contrefaits, et que cette peine serait inapplicable bien souvent en matière d'architecture. Comment admettre qu'un architecte puisse obtenir la confiscation d'une maison ou d'un monument reconnu contrefait !

Les partisans de ce système font abstraction, dans les arguments de texte qu'ils développent, des dispositions mêmes du décret de 1793. L'article 1er, en posant le principe de la protection accordée aux auteurs et aux artistes, fait une énumération qui n'a rien de limitatif. Le but du législateur a été évidemment de consacrer le droit des auteurs d'œuvres artistiques en tous genres. A défaut de l'art. 1er, l'art. 7 du même décret le prouve péremptoirement. Cet article concerne les droits des héritiers de l'auteur et de l'artiste, et il contient une disposition conçue dans les termes suivants : *Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie qui appartiennent aux beaux-arts, en auront la propriété*, etc... Les œuvres d'architecture ne rentrent-elles pas dans la formule générale de l'art. 7 comme appartenant aux Beaux-Arts ? Quant à l'argument tiré de ce que la confiscation de l'édifice reconnu contrefait au profit de l'architecte lésé n'est pas admissible, il n'a aucune valeur. D'abord la contrefaçon peut s'exercer autrement que par la construction d'un édifice semblable, au moyen de dessins, de gravures, etc..., ou, comme dans l'espèce soumise à la Cour de Liège, à l'aide de

Digitized by Google

photographies. Alors rien ne met obstacle à la confiscation. Puis l'impossibilité de la confiscation n'est qu'un obstacle accidentel à un moyen de répression admis par nos lois ; il n'implique point que la contrefaçon n'est pas possible. Tout le monde reconnaît qu'en certains cas, en matière d'inventions, la confiscation ne saurait avoir lieu. Cela n'a jamais empêché d'admettre que les inventions dont il s'agit sont brevetables.

Il est évident, du reste, que la protection accordée aux architectes ne peut exister que pour les œuvres ayant un caractère d'originalité suffisant pour qu'elles puissent être distinguées de toutes autres. Mais sous ce rapport l'architecture ne se distingue pas des autres arts. Les œuvres ressortissant à d'autres arts qui ne se distinguent pas des œuvres du domaine public, ne sont pas non plus protégées par la loi. La seule différence est que de nos jours le défaut d'originalité se rencontre plus souvent dans les œuvres d'architecture. C'est là une pure différence de fait qui ne peut exercer d'influence sur la solution à donner à une question de droit.

Non seulement la protection des œuvres architecturales nous paraît conforme aux textes et à l'esprit général de nos lois, mais, au point de vue législatif même, nous ne croyons pas qu'il soit juste de ne protéger que les dessins de l'architecte à l'exclusion du monument qui en est la réalisation. C'est pourtant là le système consacré par la loi allemande du 9 janvier 1876 (art. 3) concernant le droit d'auteur sur les œuvres des arts figuratifs [1].

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE. — COMMUNAUTÉ. — C. de Paris 13 avril 1884 [2].

Le droit de propriété littéraire d'un époux tombe-t-il comme bien mobilier dans la communauté, de telle sorte qu'après la dissolution de celle-ci, il est compris dans la masse à partager ? L'affirmative est généralement admise et elle avait été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris du 13 mars 1880 contre lequel un pourvoi avait été formé et rejeté le 16 août 1880 [3]. La Cour

[1] V. *Annuaire de législation étrangère*, 1877, page 91.

[2] *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1884, p. 348.

[3] *Journal du Palais*, 1881, p. 38.

Digitized by Google

de Paris a, dans un arrêt du 3 avril 1884, adopté la solution toute contraire.

Nous croyons que les décisions de 1880 étaient conformes aux principes généraux du droit et aux règles spéciales qui régissent les droits d'auteur. Elles sont, du reste, en concordance avec l'opinion de la grande majorité des auteurs.

Quelques-uns seulement ont admis que les droits d'auteur doivent être exclus de la communauté. (Renouard, t. II, p. 251 ; Bertauld, *Questions pratiques de Code civil*, 1re série, nos 274 et suiv. ; Pouillet, *De la propriété littéraire*, nos 184 et suiv).

Nous indiquerons les raisons qui nous semblent décisives pour admettre que la propriété littéraire fait partie de la communauté, alors même qu'il ne s'agit pas d'une œuvre faite par les époux en collaboration. Nous nous attacherons aussi à combattre les arguments des auteurs, partisans de l'opinion opposée. Mais, à notre grand regret, il nous sera impossible de réfuter les motifs de l'arrêt rendu en 1884 par la Cour de Paris. Ces motifs n'existent point ; la Cour affirme sa solution, elle ne la justifie pas. C'est là un vice de beaucoup d'arrêts de nos cours d'appel, et la Cour de cassation elle-même ne parvient pas toujours à éviter ce grave défaut. Voici, en effet, tout ce qu'on lit dans notre arrêt sur la question dont il s'agit : « Considérant que la propriété des ouvrages « littéraires d'une personne mariée ne tombe point dans la com- « munauté, si ce n'est pour les produits réalisés pendant la durée « de la vie commune. » Il est bien singulier que la Cour de Paris se soit bornée à une simple affirmation de cette nature en présence des décisions contraires de 1880 !

Les droits d'auteur rentrent assurément dans la classe des biens meubles. Aucune décision judiciaire, aucun arrêt n'a contesté ce point. S'il en est ainsi, d'après les principes généraux du droit, la propriété littéraire d'un époux doit tomber dans la communauté (art. 1401-1o, C. civ.). Il est vrai qu'exceptionnellement les biens mobiliers ne font pas partie de l'actif de la communauté, lorsqu'ils sont incessibles. Cela résulte de ce que les biens composant cet actif ne deviennent communs entre les époux qu'en vertu des cessions tacites réciproques que s'en font les conjoints en adoptant le régime de la communauté. La propriété lit-

Digitized by Google

téraire est un droit cessible. Elle peut être l'objet d'une cession expresse ; pourquoi la cession tacite résultant de l'adoption du régime de la communauté ne lui serait-elle pas applicable ?

La loi spéciale du 14 juillet 1866 relative aux droits d'auteur, loin de déroger à ce point de vue aux principes généraux, paraît les viser. D'après l'art. 1er, 2e alin. de cette loi, le conjoint survivant a la jouissance des droits dont l'auteur prédécédé n'a pas disposé, *quel que soit le régime matrimonial, et indépendamment des droits qui peuvent résulter en faveur de ce conjoint du régime de la communauté.* Ces derniers mots montrent qu'au cas du régime de la communauté, le survivant a des droits plus étendus que sous les autres régimes. Les droits d'auteur tombant dans la communauté, le conjoint qui survit à l'auteur a à la fois la jouissance de la moitié appartenant au prédécédé et la pleine propriété de l'autre moitié. En règle générale, c'est-à-dire quand les époux n'étaient pas mariés en communauté, le survivant n'a qu'un droit de jouissance qui, comme tout usufruit, s'éteint, s'il vient lui-même à mourir.

Du reste, les travaux préparatoires de la loi de 1866 viennent confirmer cette doctrine. On lit dans l'exposé des motifs : « Déjà « la nature mobilière reconnue au droit d'auteur faisait entrer « dans la communauté conjugale non seulement les produits du « droit, mais le droit lui-même. » En outre, un amendement ayant été proposé à la commission du Corps législatif pour indiquer expressément que la propriété littéraire tomberait dans la communauté, le rapport déclara cette indication inutile, en disant : « C'était la jurisprudence, et c'est encore le projet de loi. »

Tous les profits et tous les biens, en général, qui proviennent du travail personnel d'un époux tombent dans la communauté. C'est là même ce qui a fait souvent répéter avec raison que le régime de communauté est le plus conforme à la nature du mariage. Pourquoi donc les œuvres littéraires échapperaient-elles à la règle générale ?

Les auteurs, qui ont combattu notre système, se sont bornés à insister sur les conséquences exorbitantes ou tout au moins singulières auxquelles il paraît conduire. Si, a-t-on dit, la propriété

Digitized by Google

littéraire tombe dans la communauté, comme le mari a le pouvoir de disposer librement des œuvres de sa femme (art. 1421, C. civ.), il pourra contrairement à la volonté de celle-ci, peut-être à l'intérêt de sa réputation littéraire, publier une œuvre à laquelle il n'a pas donné la plus petite part de collaboration. Ce n'est pas tout, a-t-on ajouté ; si la propriété littéraire fait partie de l'actif commun, le conjoint survivant de l'auteur aura plus de droits que n'en aurait l'auteur lui-même en cas de survie. En effet, l'auteur survivant n'aurait que la moitié de la pleine propriété, tandis que son conjoint aurait, outre la moitié en pleine propriété, la jouissance de l'autre moitié. On a dit enfin qu'il est exorbitant que l'auteur ne conserve pas, durant toute sa vie, un droit exclusif sur son œuvre, mais soit obligé de le partager avec d'autres personnes, les héritiers de son conjoint prédécédé.

Ces arguments sont spécieux. Ils ne nous convainquent point. Quand les principes généraux du droit et les textes des lois spéciales imposent une solution, il faut l'admettre sans se laisser arrêter par les conséquences fâcheuses qui en peuvent résulter. Du reste, toutes les conséquences attribuées à notre doctrine n'en résultent pas et elles ont un caractère moins exorbitant que celui qu'on leur prête.

Si l'un des conjoints est auteur, il n'a, pour conserver en propre ses droits ou ses œuvres littéraires qu'à ne pas adopter le régime de la communauté, ou même, s'il l'adopte, il n'a qu'à exclure de la communauté par une clause formelle ses droits sur ses œuvres déjà publiées ou à publier. Le régime de la communauté n'est imposé à personne. Si les résultats singuliers qu'on signale se produisent, l'auteur n'a qu'à s'en prendre à lui-même ; il n'a pas été prévoyant ou ne s'est pas fait renseigner par des personnes éclairées et expérimentées.

Le plus souvent, d'ailleurs, il y a un moyen fort simple qui permet de laisser à l'auteur survivant les droits de propriété littéraire dans leur entier : on peut les placer dans le lot de l'auteur en attribuant d'autres biens aux héritiers du prédécédé ou en mettant une soulte à la charge de l'auteur. N'est-ce pas ainsi qu'on procède lorsque le survivant des époux communs en biens est titulaire d'un office ministériel ?

Digitized by Google

Tout ce que nous venons de dire doit être restreint au cas où il s'agit d'œuvres publiées du vivant de l'auteur et ne saurait s'appliquer aux manuscrits. Ce ne sont pas des biens dans le sens propre du mot tant que l'œuvre n'a pas été publiée. Le droit de publier un manuscrit est essentiellement personnel ; son exercice ne peut dépendre que de la volonté de l'auteur. Sans doute l'auteur peut céder à une autre personne le droit de publier un manuscrit encore inédit. Mais une pareille cession ne peut facilement se supposer. Nous ne pouvons admettre qu'elle résulte de la seule adoption du régime de la communauté. Une clause formelle (et elle serait bien singulière) du contrat de mariage serait indispensable pour que les manuscrits mêmes du conjoint auteur tombassent dans la communauté. Ainsi, il ne faut pas parler du droit exorbitant qu'aurait le mari, dans notre système, de publier les œuvres auxquelles sa femme ne veut pas faire voir le jour. Sans le consentement de la femme, ses manuscrits ne peuvent être publiés.

ŒUVRES DRAMATIQUES. — REPRÉSENTATION. — COLLABORATION. — Cour de Paris 7 mai 1884 [1].

Notre législation est bien en retard sur celles de la plupart des pays étrangers en matière de droits d'auteur. Tandis que la plupart des États de l'Europe et de l'Amérique ont des lois complètes sur la propriété littéraire et artistique, nous n'avons que quelques dispositions éparses résolvant un petit nombre de questions et en laissant de côté une bien plus grande quantité. Parmi les questions importantes que nos lois laissent sans solution, sont celles qui concernent les droits respectifs des collaborateurs d'une œuvre dramatique. A défaut d'entente, chacun a-t-il le droit de faire représenter l'œuvre où bon lui semble, ou, au contraire, le concours des volontés des deux collaborateurs est-il indispensable pour cela ?

La Cour de Paris a, dans son arrêt du 7 mai 1884, admis la seconde doctrine et reconnu, en conséquence, à l'un des collaborateurs le droit de s'opposer à la représentation de l'œuvre

[1] *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1885, p. 50 et suiv.

Digitized by Google

commune sur un théâtre choisi par l'autre. La Cour déclare que « la collaboration assure à chacun des auteurs un droit égal et « indivisible sur l'ouvrage auquel ils ont pris part. » Si l'un des collaborateurs cède son droit à une autre personne, le cessionnaire ne pouvant avoir plus de droit que son cédant ne saurait porter atteinte au droit de l'autre collaborateur en disposant d'une façon quelconque de l'œuvre commune. A moins d'une convention contraire, on ne peut admettre qu'un collaborateur puisse disposer de cette œuvre, la faire représenter à son gré. Il y aurait là une sorte d'expropriation d'un des collaborateurs au profit de l'autre. Sans doute des lois étrangères, spécialement la loi hongroise sur les droits d'auteur de 1884 (art. 1, al. 2 et 3 et art. 52), admettent ce système. Mais, quels que soient les motifs qui le recommandent au point de vue législatif, il ne peut être admis sans un texte formel de loi.

CH. LYON-CAEN.

DES ATTRIBUTIONS

ET DE LA RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE EN SECOND,

Par M. H. LESPINASSE, président honoraire à la Cour d'appel de Pau.

Pour les déterminer exactement, il convient de remonter à l'origine de l'institution et d'en suivre le développement jusqu'à nos jours.

Une ordonnance de Saint-Louis, en date de 1270, portait en termes exprès, que les notaires devaient toujours *être deux pour recevoir les actes*, et qu'ils *devaient les porter ensemble au bureau du Châtelet.*

Les mêmes prescriptions furent renouvelées par Philippe-le-Bel en 1304, par Charles VIII en 1498, par Louis XII en 1507, par François Ier en 1543 et par Henri III en 1579.

Reproduisons seulement ce paragraphe de l'édit de 1543 : « *Aux passements et réceptions de tous contrats et actes qui se* « *feront par devant notaires, il y aura un notaire et deux* « *témoins ou deux notaires sans témoins si les parties les veu-* « *lent requérir.* »

Digitized by Google

Il résulte clairement de ce texte que les deux notaires devaient participer à la réception des actes. Les mots *si les parties les veulent requérir*, c'est-à-dire si elles exigent le ministère de deux officiers publics, donnent l'explication de ce qui fut dit un peu plus tard dans un édit d'Henri III de 1581, relativement à l'avantage qu'il pourrait y avoir pour les contractants à ne pas user de la coopération d'un second notaire afin d'éviter un surcroît de frais.

On ne devait recourir à ce concours que si les *parties le requéraient*; elles étaient ainsi averties qu'elles pouvaient opter pour l'autre mode d'authenticité, consistant dans l'assistance de deux témoins.

Les statuts du Châtelet réglant le mode de procéder des notaires de Paris semblaient, il est vrai, obliger le notaire en second, à signer les actes même quand il n'y avait pas assisté, mais c'était sous la condition expresse que ces actes ne contiendraient rien de contraire *aux lois ou aux mœurs*.

Cette réserve laissait donc subsister pour le notaire en second l'obligation d'examiner avec soin, avant de donner sa signature, si les actes qu'on lui soumettait étaient réguliers soit dans la forme, soit au fond.

L'édit de 1691, qu'on a quelque fois cité comme établissant pour le second notaire la dispense d'assister à la réception des actes, et l'affranchissant de toute responsabilité, ne faisait autre chose qu'étendre aux notaires de Lyon les règlements du Châtelet.

Une déclaration du 4 septembre 1706 pourrait paraître, au premier abord, avoir plus de portée. Elle créait dans diverses localités des syndics qu'elle chargeait d'apposer leurs signatures aux actes passés devant leurs confrères sans qu'ils pussent être repris à raison de cette sorte de légalisation.

C'est le premier et le seul exemple d'un officier public concourant à donner l'authenticité à un acte, et n'encourant aucune responsabilité pour cet exercice de son ministère. L'explication de cette anomalie réside toute entière dans les besoins du trésor à cette époque de décadence de la monarchie absolue, qui cherchait des ressources dans la création de nouveaux offices, et qui

Digitized by Google

en facilitait la vente en les rendant lucratifs par le salaire qu'elle attachait à des signatures de pure forme. Heureusement la déclaration ne changeait rien à la présence obligatoire des témoins instrumentaires et laissait les parties libres de se passer d'un notaire en second.

Il faut bien remarquer d'ailleurs que les actes signés ainsi par le syndic ne devaient nullement mentionner qu'il eût prêté son concours au rédacteur, et que par conséquent ils ne contenaient aucune énonciation mensongère.

L'institution du syndic, signant forcément sans contrôle et sans responsabilité, n'avait donc d'autre caractère que celui d'une mesure purement fiscale.

Les actes émanés du pouvoir central ainsi que la jurisprudence font assez connaître comment la déclaration de 1706 fut comprise et exécutée.

Une lettre du chancelier d'Aguesseau, écrite très peu d'années après la déclaration, insiste énergiquement sur cette idée que toute assertion mensongère insérée dans un acte authentique constituerait un véritable faux, et spécialement qu'un acte où serait mentionnée la présence de témoins qui n'auraient été appelés qu'après coup, devrait appeler toutes les sévérités de la justice.

Si dans cette lettre, l'illustre chancelier ne parlait que des témoins et de leur assistance obligatoire à la réception des actes, c'est que dans les actes dont on lui signalait l'irrégularité, il ne s'agissait que des témoins. Mais il n'est pas douteux que ce qu'il disait des témoins ne dût être appliqué au notaire en second dont on aurait constaté faussement le concours.

Philippe Dupin, le défenseur à outrance des prérogatives notariales dans la discussion de la loi de 1843, mit en lumière cette identité de situation avec une évidence irrésistible. « Il est im-
« possible, disait-il, de trouver une différence quelconque entre
« la position des témoins et celle du second notaire.

« De deux choses l'une, ou l'attestation du notaire rédacteur
« offre une garantie suffisante, ou elle a besoin d'être complétée
« par la présence d'un ou plusieurs assistants. Au premier cas,
« l'absence des témoins ne devrait pas plus préjudicier à la va-

Digitized by Google

« lidité de l'acte que l'absence du second notaire. Dans la « deuxième hypothèse, la présence du notaire en second est « aussi indispensable que celle des témoins. »

Le Parlement de Paris n'était pas moins affirmatif que le chancelier en ce qui concernait la nécessité de la présence effective d'assesseurs auprès du notaire pendant la réception des actes, et les arrêts par lesquels il affirmait cette nécessité, embrassaient une période immédiatement antérieure et postérieure à la déclaration de 1706.

Enfin l'ordonnance de 1731 sur les donations achève de démontrer quelle était sur ce point la pensée du législateur; l'article 1er portait : *Les donations entre-vifs seront nécessairement passées devant notaire*; et l'art. 2 : *la forme en sera la même que celle de tous autres actes et contrats notariés.*

On ne conteste pas que, sous l'empire de cette ordonnance comme depuis, les donations entre-vifs ne fussent nulles si le second notaire mentionné dans le protocole n'avait pas assisté à la passation de l'acte. Il devait donc en être de même pour tous les contrats, puisque la forme requise pour les donations était identique à celle de tous les autres actes notariés.

Ainsi les textes les plus formels et la jurisprudence la plus constante imposaient au notaire en second l'obligation d'assister à la passation des actes, et tel était aussi l'usage universel au moment où l'institution du notariat allait être renouvelée.

La loi du 6 octobre 1791 se borna à promettre cette réforme, et maintint en attendant la législation existante, c'est-à-dire, comme nous venons de le voir, la nécessité pour le second notaire aussi bien que pour les témoins, d'assister à la réception des actes, lorsque le protocole mentionnait leur concours.

Survint enfin la loi du 25 ventôse an XI dont l'article 9 est ainsi conçu : « *Les actes seront reçus par deux notaires ou « par un notaire assisté de deux témoins.* »

Pour trouver dans cette disposition matière à interprétation, il faut avoir vraiment le génie de l'équivoque.

Recevoir un acte, c'est indubitablement *concourir à sa réception; et la réception* ne peut être autre chose que l'audition des déclarations faites par les parties contractantes. Or toutes ces

Digitized by Google

prescriptions s'adressaient aux deux notaires; ils devaient donc être présents l'un et l'autre.

Il serait difficile de trouver une formule qui répondît mieux à l'idée d'un concours simultané; il est vrai que le projet primitif renfermait de plus le mot *conjointement;* mais si ce mot disparut dans la rédaction définitive, il est facile d'en comprendre la raison; c'est qu'il constituait un véritable pléonasme, et qu'en le retranchant, on ne laissait pas moins à l'article un sens tellement clair que nul ne pouvait s'y tromper.

Lorsque Locré s'est évertué plus tard à donner à cette suppression la portée d'un changement dans la pensée première de l'article 9, il ne s'est pas aperçu qu'il fournissait lui-même la preuve de son erreur. Il prétendait en effet que dans certains actes la présence effective du notaire en second était restée indispensable, tandis qu'elle n'aurait été que facultative pour d'autres conventions. Or la loi de l'an XI ne faisait aucune distinction, et s'il eût été vrai que l'assistance à l'acte n'eut pas été requise dans le plus grand nombre des actes, elle ne l'eût été jamais, puisque la disposition absolue de l'article 9 devait s'appliquer à toutes les espèces d'actes ou à aucune.

La jurisprudence ne s'y était pas trompée, et quand on a soutenu qu'elle avait longtemps interprété l'article 9 comme autorisant l'absence du notaire en second, nonobstant la teneur du protocole qui le déclarait présent, on est tombé dans l'erreur la plus étrange. On ferait véritablement injure aux Cours d'appel de cette époque, si l'on supposait qu'elles avaient pu trouver quelque chose d'ambigu dans la disposition qui nous occupe.

La seule question qui suscita des divergences fut de savoir si les prescriptions évidentes de la loi relativement au concours effectif du second notaire, n'avaient pas été abrogées par le *non-usage* d'après la maxime *error communis facit jus.* La Cour de Rennes avait cru pouvoir consacrer cette doctrine anti-juridique par un arrêt du 24 juin 1824 rendu *à la majorité d'une voix* (S. 1825-1-363). La chambre des requêtes à laquelle cette décision fut déférée, ne pouvait pas admettre en *principe l'abrogation des lois par l'erreur commune.* Elle rejeta le pourvoi uniquement

Digitized by Google

parce qu'il s'agissait de savoir si l'énonciation mensongère de la présence du notaire en second, constituait *un faux ;* il lui sembla que les circonstances particulières du procès, avaient pu enlever à la mention inexacte tout caractère de criminalité.

Elle jugeait donc beaucoup plus en fait qu'en droit. Ayant eu antérieurement à s'expliquer sur la théorie qui avait servi de base à l'arrêt de Rennes, elle avait formellement jugé (le 21 juillet 1810) que toute déclaration fausse insérée par un fonctionnaire public, dans un acte de son ministère, constituait un faux caractérisé (Dalloz, 11-1-142).

Elle avait consacré la même doctrine par deux arrêts du 11 août 1824 dans les affaires Forbin-Janson.

L'arrêt du 14 juillet 1825 ne pouvait donc faire autorité. Aussi presqu'immédiatement après, la Cour de Toulouse proclamant les vrais principes, décidait que la maxime *error communis facit jus* était contraire aux notions les plus élémentaires du droit, et qu'une loi n'était abrogée que lorsqu'il convenait au législateur de la rapporter lui-même ou d'en édicter une contraire.

Les principaux arrêtistes de l'époque, Sirey et Dalloz, donnèrent les plus chaleureux éloges à cette décision (voir les deux recueils, année 1826). Les auteurs ne furent pas moins unanimes à l'approuver, et notamment Toullier dans son tome 13, p. 556 et suivantes, et Duvergier sur la loi du 21 juin 1843.

Ce ne fut donc point par un changement inattendu de doctrine que la Cour de cassation reconnut en 1841 le sens manifeste de la loi de l'an XI. L'ensemble de sa jurisprudence conduisait évidemment à cette conclusion. Son arrêt n'eût de remarquable que la netteté et la fermeté des considérants à l'aide desquels elle établissait la nécessité non-seulement juridique, mais rationnelle et sociale, de l'assistance effective des témoins ou du notaire en second, à la réception des actes.

De cette discussion nous pouvons tirer la conséquence suivante.

Puisque le second notaire devait aussi bien que le premier *recevoir l'acte*, c'est-à-dire, selon le sens naturel des mots, prêter au rédacteur un *concours actuel*, il est évident qu'il demeurait responsable soit des vices de forme, soit des nullités intrinsèques

Digitized by Google

dont ces actes pouvaient être entachés. Cette conséquence ne tarda pas à être reconnue et signalée avec une grande force par le tribunal de Nantes dont la décision fut confirmée par la Cour même de Rennes qui avait donné le signal de l'entente erronnée de la loi de l'an XI.

Dans ces deux documents, la question était discutée avec tant de netteté que nous croyons utile d'en citer les principaux passages.

« Attendu, avait dit le tribunal de Nantes, que le notaire en « second se trompe quand il prétend que l'usage ne l'assujettit à « aucune responsabilité ; les art. 9 et 11 de la loi de ventôse ne « distinguent point ; leurs dispositions sont absolues ; elles s'éten- « dent par conséquent aux deux notaires qui *reçoivent* ou *doi-* « *vent recevoir* l'acte ; cette loi n'a été abrogée par aucune « autre ; elle est trop récente pour qu'on puisse penser qu'un « usage aussi abusif que celui qu'on allègue l'ait fait tomber en « désuétude ; il s'en faut bien d'ailleurs que ce prétendu usage « s'appuie sur l'assentiment général, puisque les auteurs, les « tribunaux et les Cours sont divisés sur la question ; il faut donc « en revenir au texte de la loi, lequel est positif surtout dans les « articles précités. Il n'est pas douteux que la rédaction en « aurait été toute différente si le législateur avait eu la pensée « d'adopter un usage antérieur contraire à son texte.

« Il n'aurait pas dit : Les actes seront reçus par *deux notaires* ; « les noms, l'état et la demeure des parties doivent être connus « *des notaires*, s'il avait voulu que la présence d'un seul fût suf- « fisante ;

« Si le mot *conjointement* n'est point passé dans la rédaction « définitive de la loi, on ne peut rien en inférer, car il y a iden- « tité parfaite entre ces deux locutions : *Les actes seront reçus* « *par deux notaires* et *les actes seront reçus par deux notaires* « *conjointement.* »

La Cour de Rennes ajoutait à ces motifs cette considération importante ; *décider que le notaire qui aurait coopéré par une signature de complaisance à un préjudice grave, n'en serait pas responsable, ce serait violer le principe consacré par l'art.* 1382 *du Code civil.* L'arrêt est du 11 juillet 1834.

Digitized by Google

Voyons maintenant quel changement la loi de 1843 peut avoir apporté à cette situation.

Si le notaire en second n'a plus à remplir qu'une vaine formalité, on peut soutenir avec quelque vraisemblance que, comme le syndic créé par la déclaration de 1706, il signe sans avoir de contrôle à exercer, et par suite sans encourir aucune responsabilité.

Si au contraire la loi nouvelle lui laisse des devoirs à remplir, si ces devoirs sont importants et si leur omission peut avoir une influence fâcheuse sur la validité des actes, il sera hors de doute qu'en ne les accomplissant pas, le notaire en second aura commis une faute et que si elle cause un dommage, il sera tenu de le réparer.

Pour savoir quelle est de ces deux hypothèses celle qu'il faut regarder comme vraie, nous devons recourir aux explications données par le gouvernement et par les rapporteurs de la loi devant les deux Chambres.

Le Garde des sceaux dans l'exposé des motifs s'exprimait ainsi : « *De bons esprits ont pensé* qu'une signature donnée « après la passation de l'acte n'offrirait pas une garantie sé- « rieuse, et qu'il vaudrait mieux, adoptant une opinion tranchée, « ou exiger la présence effective de tous ceux qui concourent à « l'acte, ou suivre la foi d'un seul officier public.

« Une pareille innovation ne serait pas vue avec faveur; au- « cune des garanties que procurait aux parties la loi de l'an XI « ne pourrait être supprimée sans éveiller des inquiétudes.

« *Ce serait une erreur de croire que la signature du notaire en « second soit une formalité inutile. La faculté du contrôle lui « appartient. Cette signature est d'ailleurs utile parce qu'elle « permet la révision matérielle de l'acte; enfin l'usage l'a consa- « crée, et il ne faut pas changer ce qui a été toujours considéré « comme une garantie réelle.* »

Le rapporteur Philippe Dupin disait aussi à la Chambre des députés :

« *Le notaire en second vérifie si les formes extérieures ont été « observées, si les renvois et l'énoncé des mots nuls sont exacte- « ment paraphés.* »

Digitized by Google

Le rapporteur devant la Chambre des pairs était encore plus explicite, relativement aux devoirs que la loi nouvelle devait laisser au notaire en second le soin de remplir.

« On a prétendu, disait-il, que la signature donnée après la « réception des actes, n'était qu'une formalité sans but, qu'une « entrave inutile et *même dangereuse* en ce qu'elle offrirait *l'ap-* « *parence d'une garantie, qu'en réalité elle ne donnerait pas.*

« Est-il vrai qu'en exigeant que la réception des actes par un « officier public soit en quelque sorte sanctionnée par la signa- « ture d'un de ses collègues, la loi prescrive une formalité sans « but? Votre commission ne le pense point. Il lui paraît évident « au contraire, qu'en une matière si grave, la *signature, qui sup-* « *pose la lecture préalable,* commande par cela même un con- « trôle dont l'utilité ne saurait être contestée.

« Ce n'est pas seulement sur la forme extérieure des actes « que ce contrôle s'exerce, (bien que dans cette limite il offrît « déjà des avantages réels), mais il est évident qu'il doit aller « plus loin que la forme extérieure de l'acte; il s'exerce sur l'of- « ficier public lui-même et prend ainsi le caractère d'une garan- « tie de fond.

« Au surplus, en vérifiant, *comme il doit le faire,* si les formes « extérieures ont été observées, si le protocole est régulier, si « l'énoncé des mots nuls a été exactement paraphé, si l'acte ne « contient pas de blancs ou d'interlignes dont l'abus soit pos- « sible, le notaire en second exerce un autre contrôle non moins « sérieux, non moins utile. Est-ce qu'il ne lui appartient pas de « signaler à son confrère l'omission qu'il aurait faite de l'une « des conditions essentielles à la validité des actes en général, « ou de tel contrat en particulier? *C'est plus qu'un droit pour* « *lui, c'est évidemment un devoir.*

« Il faut donc reconnaître que l'exigence de la loi de ventôse « est salutaire; qu'elle tient aux intérêts des parties contrac- « tantes; qu'elle importe à la société toute entière comme une « garantie puissante de la discipline du notariat. »

Les débats qui suivirent ce rapport mirent de plus en plus en relief l'obligation qui restait imposée au notaire en second, et par suite sa responsabilité.

Digitized by Google

L'un des présidents de la Cour de cassation, qui faisait partie de la Chambre des pairs, M. Boyer demandait que l'on voulût bien préciser les conséquences qu'on entendait attacher à la signature après coup du notaire en second : « cette signature, disait-il, « n'engagera-t-elle en aucune façon la responsabilité de l'officier « public qui l'aura donnée? Dans cette hypothèse, ce ne serait « qu'une simple légalisation qui pourrait être fournie de tout « autre manière. »

(C'était précisément la pensée qui avait inspiré la déclaration du 4 septembre 1706).

« Mais, ajoutait l'éminent magistrat, si cette signature doit « engager d'une manière quelconque la responsabilité de l'officier « public, je crois qu'il conviendrait d'insérer dans la loi quel- « que disposition expliquant qu'on n'entend déroger en rien « aux principes du droit civil sur *la responsabilité que toute* « *signature implique.* »

Le rapporteur répondit : « La question de responsabilité a « toujours été laissée à l'appréciation des tribunaux; elle se pré- « sentera à l'avenir dans les mêmes conditions qu'aujour- « d'hui. »

Duvergier fait suivre cette déclaration de l'observation suivante : « La réponse du rapporteur suppose la solution affirma- « tive de la question de M. Boyer, c'est-à-dire la responsabilite « du notaire en second. »

« Toullier avait déjà émis la même opinion. Le second notaire, « disait-il, n'est autre chose qu'un *surveillant* que la loi donne « à chaque notaire; chacun d'eux est personnellement intéressé « à exercer le contrôle qui lui appartient, *car ils sont l'un et* « *l'autre responsables des irrégularités de l'acte.* »

Après avoir cité ce passage du savant professeur de Rennes, et l'avoir fait suivre d'une citation entièrement conforme empruntée au répertoire de Favard de Langlade, Duvergier conclut ainsi : « Puisque la nouvelle loi laisse au notaire en second une « tâche importante à remplir, s'il la néglige, s'il laisse subsister « dans l'acte des nullités que son contrôle pouvait faire dispa- « raître, il est tenu de réparer le dommage résultant pour les « parties de l'état d'imperfection dans lequel l'acte est resté. »

Digitized by Google

La question a été examinée tout récemment par M. Labbé, l'un des plus doctes professeurs de la faculté de Paris.

Voici dans quels termes il la résout sans hésitation et comme si aucune dissidence n'était possible.

« Nous disons que tout notaire qui intervient dans la confec-« tion d'un acte est responsable.

« Sa participation peut être plus ou moins grande, sa respon-« sabilité plus ou moins étendue ; mais elle existe toujours, dans « la mesure de son intervention. En ce qui touche l'utilité de la « signature donnée après coup, par le notaire en second, le rap-« porteur du projet de la loi de 1843 disait à la Chambre des dé-« putés : le second notaire examinera si l'acte est régulier, et « comme il en est temps encore, il fera réparer les irrégularités « qu'il pourra constater. Voilà une fonction de l'officier pu-« blic; s'il manque à la remplir, *s'il signe sans regarder, s'il « laisse subsister par inadvertance une nullité manifeste, il est « responsable.* Celui qui, agissant dans un caractère public, con-« tribue dans une mesure quelconque, à donner l'authenticité à « un acte, fait office de notaire ; il rend un service tenant à sa « fonction ; il encourt comme tel, une responsabilité. » (Voir cette dissertation dans Sirey, 79. 1. 242).

La même doctrine est enseignée par Drion, dans son *Traité spécial du notaire en second*, pages 93 et 110.

Telle est aussi la solution donnée par la jurisprudence. La Cour de Grenoble a jugé le 28 juillet 1865 (166. 2. 137) que le notaire en second est responsable des irrégularités ou des fautes auxquelles il a participé ; mais comme dans l'espèce tout le dommage provenait de ce qu'une somme destinée par un débiteur à son créancier avait été déposée momentanément dans la caisse du notaire rédacteur, cette imprudence n'étant nullement imputable au second notaire, il était juste de le décharger de toute responsabilité.

Un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1862 implique également la responsabilité du notaire en second relativement aux irrégularités des actes pour lesquels on lui demande sa signature.

Il est remarquable que dans cette espèce l'officier public n'é-

Digitized by Google

tait pris à partie que pour avoir négligé de procurer la régularisation d'un acte défectueux bien qu'il eût refusé de le signer.

Il ne peut donc subsister aucun doute sur l'obligation imposée au notaire en second de signaler au rédacteur, les vices de forme ou les illégalités flagrantes dont serait entaché l'acte qu'on lui aurait soumis, et d'en exiger le redressement.

Objecterait-on que le notaire en second ne recevant pas d'honoraires, il serait injuste de l'assujettir à des dommages-intérêts.

Dans un arrêt du 7 janvier 1879 (S. 79. 1. 241), rendu conformément aux remarquables conclusions de M. l'avocat général Desjardins, la Cour suprême a répondu que le deuxième notaire, participant d'une manière effective à la réception d'un acte, a droit à une part d'honoraires proportionnée à l'importance de sa collaboration (S. 79. 1. 241).

Si, lorsque ce concours se réduit à une signature donnée après coup, aucun honoraire n'est attribué dans la pratique au notaire en second, il en trouve l'équivalent dans la réciprocité que lui fournissent les confrères pour lesquels il signe habituellement.

L'objection n'a donc aucune portée.

Après avoir ainsi établi, en principe, l'obligation imposée au notaire en second de signaler au rédacteur, les irrégularités préjudiciables des actes qu'on lui demande de signer, nous devons examiner de quelle nature devaient être ces irrégularités pour produire des effets aussi graves.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Grenoble, la cause du préjudice était l'imprudence qu'on avait eue de laisser entre les mains du notaire principal, les fonds destinés à un prochain paiement. Il est hors de doute que le second notaire était étranger à ce dépôt imprudent et ne pouvait pas en répondre.

Il pourrait arriver aussi que quelqu'un des témoins ne remplît pas les conditions de sexe, d'âge ou de nationalité requises pour la validité de leur concours. Le notaire en second serait-il responsable de la négligence que le rédacteur aurait mise à s'enquérir de leurs qualités ? Non évidemment, puisque, étant dispensé d'assister à l'acte, il n'aurait pu se livrer à ce sujet aux investigations nécessaires.

Digitized by Google

Mais quand il s'agit d'une irrégularité matérielle que la simple lecture doit faire remarquer, le notaire en second est évidemment inexcusable s'il ne l'a pas aperçue, s'il ne l'a pas signalée au rédacteur, et s'il n'a exigé, avant d'apposer sa signature, que l'acte fût rectifié.

De toutes les formalités nécessaires pour assurer à l'acte une valeur juridique, il n'en est pas de plus importante que les signatures des parties intéressées ; l'art. 14 de la loi de l'an XI exige impérieusement que le notaire les fasse apposer au bas de l'acte et certifie qu'elles émanent réellement de ceux dont elles portent le nom.

Dirait-on que le second notaire aurait pu remarquer une omission de ce genre et croire qu'elle serait réparée plus tard : une pareille excuse serait inadmissible.

Les signatures des notaires terminent l'acte, et font supposer par conséquent que toutes les formalités requises ont été déjà remplies, et notamment que les parties contractantes ont toutes manifesté leur adhésion aux conventions stipulées, soit en les signant, soit faisant constater qu'elles ne savent ou ne peuvent le faire. La responsabilité du notaire en second serait donc engagée dans cette hypothèse et dans tous les cas analogues.

Il nous reste à examiner quelle doit être la mesure de cette responsabilité.

C'est dans les principes généraux du droit que nous devons la trouver.

Nous venons de voir que le notaire en second qui commet une faute grave est tenu de la réparer.

Si cette faute constituait un crime ou un délit, il faudrait, aux termes de l'art. 55 du C. pénal, reconnaître que les deux notaires seraient solidairement responsables, c'est-à-dire que chacun d'eux devrait l'entière réparation du dommage éprouvé.

A la vérité, les fautes dont nous venons de nous occuper et que nous croyons imputables au second notaire ne sont point de celles qu'atteignent les lois répressives.

Elles constituent seulement des quasi-délits. Il faut donc rechercher comment s'opère la réparation de ces manquements d'une moindre gravité.

Digitized by Google

Tous les auteurs sont d'accord pour enseigner que la règle établie par l'art. 55 du C. pénal relativement aux faits qui tombent sous l'application de la loi pénale doit être également suivie pour les quasi-délits; la nature des choses le veut ainsi. La solidarité édictée en matière de crimes et de délits contre les auteurs d'un dommage, est fondée sur l'impossibilité de déterminer la part de chacun des coupables dans les pertes que leur concours a occasionnées. Ce motif s'applique évidemment au préjudice causé par une négligence ou une inadvertance commune à plusieurs personnes. C'est la participation de toutes à la faute qui a réalisé le dommage.

On peut remarquer avec certains auteurs que cette responsabilité intégrale qui pèse sur chaque obligé, n'est pas précisément celle dont parlent les art. 1202 et suivants du Code civil, et que dans la rigueur des termes, elle constitue plutôt une dette *in solidum* qu'un cas de solidarité.

Il peut résulter de là certaines différencee que la doctrine a pris soin d'énumérer (voir Demolombe, *Contrats et obligations*, t. 3, p. 218 et suiv.).

Mais au point de vue où nous sommes placés, le résultat est absolument le même. Chacun des auteurs du dommage est tenu de le réparer intégralement.

M. Larombière s'exprime ainsi dans son commentaire de l'art. 1202 (S. 2, sur 22) : La solidarité de plein droit n'existe pas seulement en matière de crimes et de délits, comme le veut l'art. 55 du C. pénal, elle existe également quant il s'agit de quasi-délits. Il est bien évident en premier lieu, que l'art. 1202, en disant que la solidarité doit être *expressément stipulée*, indique, suffisamment qu'il n'est applicable qu'à *la solidarité conventionnelle*, et non aux engagements résultant de quasi-délits, lesquels se forment *sans conventions*. D'un autre côté, si la solidarité a lieu de plein droit pour les infractions pénales, c'est moins à cause du caractère délictueux du fait, qu'à raison du concours de ses coauteurs.

Comme il est impossible de déterminer la part de chacun dans les conséquences dommageables, produites par les faits qui leur sont communs, chacun d'eux doit, par la force même des choses, être réputé l'auteur de tout le préjudice, indépendamment de la

Digitized by Google

participation des autres. Il doit donc réparer personnellement tout le dommage comme s'il en était seul la cause, ou en d'autres termes, il en est tenu solidairement.

M. Rodière dit également : l'obligation *in solidum* existe entre tous les auteurs d'un quasi-délit, chacun d'eux est également obligé par les art. 1382 et 1383 à la réparation de tout le préjudice (*Traité de la solidarité et de l'indivisibilité*, p. 123 et suivantes).

La même doctrine est enseignée par Merlin, Delvincourt, Boncenne, Rauter, Sourdat et par M. Demolombe qui s'y rallie en définitive, bien qu'il propose certaines distinctions sur la portée des termes *solidaires* et *in solidum*, distinctions qui ne touchent point à notre thèse.

La jurisprudence l'a également consacrée. Elle admet la solidarité contre chacun de ceux qui ont concouru à un fait dommageable, et les motifs sur lesquels elle se fonde assimilent cette solidarité à celle que produirait une convention expresse (voir notamment les arrêts de la Cour suprême rapportés par Sirey dans les tomes) (36, 1re partie, page 801), (37. 1. 889), (38. 1. 82), (39. 1. 483), (39. 1. 377), (65. 1. 251) et 87. 1. 400).

Dans l'un de ces arrêts on avait remarqué une particularité qui pouvait paraître restreindre la solidarité au cas où le fait dommageable serait résulté d'un *concert entre les obligés;* mais cette circonstance n'est nullement nécessaire. La Cour de cassation l'avait jugé ainsi elle-même dans un arrêt du 11 juillet 1826 (S. 27 1.236).

Il s'agissait dans l'espèce d'un quasi-délit résultant du préjudice occasionné à des voisins par des exhalaisons de plusieurs usines dont les propriétaires ne pouvaient certainement pas être soupçonnés de s'être concertés pour aboutir à ce résultat.

Le principe de la solidarité est posé avec non moins de netteté dans le motif suivant d'un arrêt de 1868 (Sirey, 69. 1. 354) : Attendu qu'on oppose en vain qu'il n'a existé entre les auteurs du dommage aucune communauté de fait ni d'intention, l'infraction pour laquelle ils ont été condamnés étant de celles dans lesquelles l'intention ne joue aucun rôle.

Il est donc certain que chacun des deux notaires qui par leur

Digitized by Google

faute ont concouru à la nullité d'un acte est tenu personnellement d'une réparation intégrale.

Il ne faut pas confondre cette question de la solidarité avec celle du recours que les obligés peuvent avoir à exercer les uns contre les autres. M. Demolombe admet ce recours même quand le dommage provient d'un délit. Le droit romain, il est vrai, le refusait expressément en vertu des maximes : *nulla est societas maleficiorum, rei turpis nullum est mandatum.*

Le docte professeur de Caen préfère sur ce point l'ancienne pratique française attestée par Papon (l. 24, titre 12 n° 4).

(Voir Demolombe, *Traité des contrats*, t. 3, p. 34).

Il examine ensuite comment la somme entière payée par un seul obligé doit être répartie entre tous et décide avec raison que cette répartition doit être réglée d'après les circonstances.

Telle est aussi l'opinion de MM. Rodière (n° 315), Aubry et Rau (t. 3, p. 16) et Larombière (t. 2, art. 1202, n° 21). La jurisprudence l'a constamment consacrée (voir Riom, 14 juin 1843, Orléans, 30 juin 1849) (S. 43. 2. 329, 44. 2. 152 et 51. 2. 681). La Cour de cassation avait déjà indiqué cette solution dans son arrêt précité de 1826, lequel, après avoir confirmé la condamnation solidaire contre chacun des obligés, avait ajouté : « Celui d'entre eux qui serait poursuivi pour le tout aurait son « recours contre les autres *dans la mesure que les circonstances* « *commanderaient.* »

Il ne nous reste plus qu'à examiner quel doit être le taux de la réparation dont chaque débiteur est tenu pour le tout.

L'art. 1149 l'indique clairement : *la réparation doit être égale à la perte éprouvée.* Cette disposition, dont l'équité est évidente, ne pouvait pas ne pas être appliquée par la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Pau, rendu sur nos conclusions le 5 février 1866, porte que la quotité de la *réparation* se mesure par l'étendue du dommage, aux termes de l'art. 1149, et par ce motif la Cour prononce contre un notaire, reconnu en faute, une condamnation embrassant tout le préjudice causé par l'omission d'une formalité indispensable.

Une décision analogue a été rendue par la Cour de Lyon qui a condamné un notaire à rembourser intégralement une somme de

Digitized by Google

50,000 fr. dont une de ses clientes avait été dépouillée par l'effet de procurations irrégulières.

Plusieurs arrêts de la Cour suprême ont jugé expressément ou implicitement de la même manière. (Voir notamment S. 58-1-435 et 65-1-438).

Si quelquefois le taux de la réparation a été diminué, c'est uniquement en considération de quelque faute imputable à la partie lésée.

En résumé, le notaire en second a la mission de lire attentivement l'acte soumis à sa signature, de signaler à son confrère les irrégularités et les illégalités que cette lecture peut faire découvrir, et de refuser son concours jusqu'à ce que l'acte en soit purgé.

Dans ce cercle restreint, sa responsabilité est de la même nature que celle du notaire principal.

Il est tenu *in solidum* envers les parties du préjudice que sa faute a consommé, sauf à lui à débattre avec le rédacteur la part qui doit en définitive incomber à chacun d'eux d'après les circonstances.

La réparation, en thèse générale, doit être égale au dommage souffert.

Tels nous paraissent être les principes de la matière. En les signalant à l'attention des honorables officiers publics à qui nos observations s'adressent principalement, nous croyons n'être pas moins utiles à leurs intérêts qu'à ceux de leurs clients.

H. LESPINASSE.

ORIGINE ROMAINE DE LA SAISINE HÉRÉDITAIRE,

Par M. Marcel Planiol, professeur agrégé à la Faculté de Droit de Rennes.

Il existe sur les origines de la saisine une tradition déjà ancienne qui la fait dériver d'une sorte de réaction contre la fiscalité abusive du régime féodal. La règle *le mort saisit le vif* aurait été inventée pour soustraire les héritiers aux droits de mutation que les seigneurs exigeaient d'eux.

Voici comment s'exprime Laurière : « Anciennement, lorsque

Digitized by Google

les saisines et les dessaisines, le vest et le devest étaient pratiqués à la rigueur dans plusieurs de nos coutumes, toute personne qui mourait était censée se dessaisir de ses biens entre les mains de son seigneur. En sorte que les héritiers étaient obligés de reprendre ces biens du seigneur en lui faisant foi et hommage, et en lui payant le relief, si c'étaient des fiefs, ou en lui payant les droits de saisine, si c'étaient des héritages en roture. Mais comme ce droit était odieux, on introduisit que toute personne décédée serait réputée avoir remis en mourant la possession de ses biens entre les mains de son plus proche parent, habile à lui succéder, et non entre les mains de toute autre personne..... Et de là est venue notre règle *le mort saisit le vif.* » (*Inst. Cout.* de Loysel, L. II, tit. V, nº 1).

Il faut convenir, si telle est la véritable origine de la saisine, que son admission dans le droit français serait bien étrange. A une époque où les justices féodales étaient toutes puissantes, comment les légistes ont-ils pu admettre, par faveur pour les vassaux, une diminution aussi grave des droits du maître? Et, ce qui ajoute encore à l'étrangeté de cette tradition, rien dans l'histoire, ni dans les textes, ni dans les faits, n'aurait conservé la trace de la lutte qui a dû s'engager sur cette question et agiter longtemps le monde féodal.

Cette sorte d'impossibilité morale rend déjà très suspecte l'explication courante; mais il est possible d'élever contre elle des objections plus précises.

Si la maxime *le mort saisit le vif* avait réellement eu pour but d'affranchir les héritiers du paiement du droit de relief, il y aurait correspondance entre la saisine et la dispense du rachat : les héritiers saisis devraient être exemptés de cet impôt, et ceux qui s'y trouvent soumis devraient être privés de la saisine.

Or il n'en est rien.

Les coutumes accordaient la saisine à tous les héritiers légitimes. L'article 318 de la coutume de Paris ne faisait aucune distinction : « Le mort saisit le vif, son hoir le plus proche, habile à succéder. » Or le rachat était dû par les héritiers collatéraux : « En toutes mutations de fief est dû droit de rachat ou de relief, fors et excepté pour.... et pour celles qui se font par suc-

Digitized by Google

cession et donation en ligne directe. » (Art. 33, Cout. de Paris). Donc la dispense ne profitait pas aux héritiers en ligne collatérale, quoiqu'ils fussent saisis comme ceux de la ligne directe.

La coutume de Bretagne, par une singularité dont notre ancien droit n'offre, je crois, aucun autre exemple, n'accordait la saisine qu'à la ligne directe. Le droit breton tenait pour maxime : « Le mort saisit le vif en ligne directe et la justice en collatérale. » (Art. 533 et 540, Nouv. cout.). La Bretagne était donc la seule province qui aurait pu offrir un exemple de cette concordance entre la saisine et la dispense de rachat, si elle avait admis, ce qui était le droit commun du royaume, que les héritiers directs étaient dispensés de cet impôt. Le rachat y aurait été dû en ligne collatérale où la saisine faisait défaut, et non pas en ligne directe où les héritiers étaient saisis de plein droit. — Mais précisément, par une autre disposition exceptionnelle, la coutume de Bretagne se montrait plus rigoureuse que les autres, et elle exigeait le rachat de tous les héritiers, même des descendants (Art. 67, 70 et 71, Nouv. cout.). De telle sorte que, sur tout le territoire de la France, le rachat était payé par des héritiers ayant la saisine. A quoi donc aurait servi son introduction si son but avait été, comme on le prétend, de dispenser les héritiers de cette obligation ? Et comment se fait-il que personne n'ait jamais relevé l'inutilité de la saisine pour les collatéraux, à qui elle aurait été ainsi accordée en pure perte ?

Cette explication traditionnelle, que toutes les générations se sont transmise sans l'avoir jamais vérifiée, me semble avoir été inventée après coup, à une époque où on avait perdu le souvenir des origines.

Pour le démontrer, je vais essayer d'établir les deux points suivants :

I. Le profit féodal connu sous le nom de relief ou de rachat n'a pas son origine dans l'obligation imposée à l'héritier d'obtenir l'investiture du seigneur; il se rattache à l'institution du bail.

II. La saisine accordée de plein droit aux héritiers n'a pas pour but de les dispenser du rachat; son origine est bien plus ancienne que le rachat lui-même; elle dérive du droit romain et n'a rien de commun avec les institutions féodales.

Digitized by Google

I. — Origine du rachat.

Le profit de rachat, au dire de nos vieux auteurs, serait le prix payé au seigneur féodal pour obtenir de lui l'investiture du nouveau vassal à toute mutation du fief servant, sauf le cas de vente et les cas équipollents à vente, où il était remplacé par un droit de vente ou de quint.

Voici ce qu'en dit Gui Coquille : « Le mot de rachat dépend de la très-ancienne usance des fiefs, par laquelle les fiefs en plusieurs cas retournaient au seigneur féodal; comme si le vassal mourait sans enfants, ou s'il aliénait sans le congé de son seigneur, et pour racheter cette réversion fut par composition générale des Estats de chacune province accordé aux seigneurs le revenu d'un an comme en cas de vente on paye le quint denier. En maints lieux on l'appelle droit de relief, comme si de nouveau on reprenait et qu'on relevât le fief étant tombé en caducité par la réversion. » (*Inst. du droit français*, chapitre des fiefs. — Cf. d'Argentré, sur l'art. 74, Cout. de Bretagne).

Malheureusement cette explication n'est appuyée sur aucune preuve. A mes yeux la véritable origine du droit de rachat ou de relief n'a rien de commun avec celle qu'on lui attribue; nous en avons, pour la Bretagne tout au moins, la preuve la plus certaine.

Le rachat y a été établi par une Assise du duc Jean Ier, dit le Roux, faite à Nantes, le 10 janvier 1275 (V. St.), et connue sous le nom de *Lettres de mutation du bail en rachat*. Hévin l'a reproduite *in extenso* dans ses Notes sur les *Arrêts du Parlement de Bretagne* recueillis par Frain (t. II, p. 551). On la trouve aussi dans l'édition que Poullain du Parc a donnée de la Coutume de Bretagne (t. I, p. 272).

Au XIIe et au XIIIe siècle, toutes les fois qu'un vassal mourait, laissant des héritiers trop peu âgés pour s'acquitter du service militaire qu'exigeaient la chevalerie et les rapports féodaux, le seigneur s'emparait du fief servant et en conservait la jouissance jusqu'à la majorité de l'héritier. En revanche il devait entretenir son vassal mineur, le mettre en état de devenir plus

Digitized by Google

tard un bon chevalier, et, en attendant, pourvoir par lui-même au service militaire du fief. L'Assise de 1275 commence par constater cet usage dans son préambule : « Sachent tous que comme nous avons accoutumé, nous et nos ancesseurs avant nous, de prendre et avoir par raison de bail les fruits et les issues des terres et des rentes à nos hommes gentils après leur décès, quand leurs hoirs étaient en non âge, jusques à tant qu'ils eussent vingt ans accomplis et passés... »

Ce droit de bail seigneurial avait dégénéré en une véritable exploitation des vassaux par leurs seigneurs. D. Morice ne parle rien moins que de « brigandage », et d'après lui, « les seigneurs négligeaient l'entretien et l'éducation des mineurs, ne satisfaisaient point aux dettes de leur père, et n'accomplissaient pas ses dernières volontés, si bien que quand les mineurs arrivaient à l'âge de 21 ans, ils se trouvaient chargés de dettes, sans armes, sans équipage et sans éducation. » D'Argentré, lui aussi, raconte, sous l'article 76 de l'ancienne Coutume, que « Pierre de Dreux, dit Mauclerc, étant devenu duc de Bretagne du chef de la princesse son épouse, exerça le droit de bail avec une rigueur et une avarice extraordinaires. On tâcha inutilement de le faire se relâcher, et sa dureté causa la guerre sous la conduite de Guiomar de Léon. Le duc étant chassé de Bretagne, la guerre allait devenir plus violente s'il n'avait pas suivi Saint-Louis à la guerre d'outremer. Après sa mort, le duc Jean son fils, surnommé le Roux, voulut reprendre les choses avec la même chaleur; mais enfin il se laissa fléchir aux prières des seigneurs et il établit le bail se contentant du rachat. »

Quelques exemptions particulières du droit de bail avaient déjà été accordées par les ducs. Dès 1215 le sire du Palais obtint du duc Pierre de Dreux le rachat du bail. Une remise absolue fut accordée en 1237 aux seigneurs de Vitré, de Combourg et d'Acigné ; en 1239 au baron de Fougères (Hévin, *loc. cit.*).

Ce n'étaient encore que des concessions individuelles.

En 1275, les Etats de Bretagne, réunis à Nantes, adoptèrent une mesure générale pour la mutation du bail en rachat. Au lieu de gagner les fruits jusqu'à la majorité du vassal quand il était mineur, le seigneur n'eut plus droit qu'à une seule année de

Digitized by Google

jouissance en nature ou en argent, mais elle lui était dûe dans tous les cas, que le vassal fût majeur ou mineur.

Telle a été l'origine du profit de rachat en Bretagne, et elle est hors de doute puisque nous possédons le texte original de l'Assise. Hévin d'ailleurs nous a conservé d'assez nombreux renseignements à ce sujet, et l'on peut se fier à sa sincérité et à son érudition, trop peu estimées aujourd'hui du public savant [1].

Faut-il admettre que c'était là une situation particulière à la Bretagne, une singularité de son histoire, sans rapport aucun avec ce qui s'était passé dans le reste de la France ?

Ce serait une supposition assez extraordinaire.

La Bretagne n'a rien dans ses institutions qui ne soit conforme au droit commun féodal, et sa seule originalité est d'être restée fidèle aux habitudes et aux lois du passé plus longtemps que les autres provinces. On l'a toujours vue copier les coutumes voisines, toujours en retard, et adopter la dernière les réformes qui s'opéraient ailleurs. Il y a tout lieu de croire qu'il en fut de même pour le rachat.

Nous avons du reste conservé une déclaration de Saint-Louis, faite à Orléans en 1246, sur les droits de bail et de rachat dans l'Anjou et dans le Maine, qui vient à l'appui de cette conjecture.

Tous les articles de ce texte mentionnent l'obligation de payer le rachat comme corrélative au droit de bail. Par exemple : « Do« minus autem non habet rachatum de patre ad filium, nec de fra« tre ad fratrem, et omnes alii qui tenent ballum debent homagium « domino et debent solvere rachatum. » (Art. 4). — D'autres articles obligent le mari à payer le rachat pour le fief de sa femme, car le mariage lui en donne la jouissance et il en est véritablement le baillistre : « Et si relicta nobilis vel alterius feodati se maritet, maritus suus facit homagium domino et solvit rachatum. » (Art. 3). — « Videlicet quod relicta nobilis vel alterius feodati

[1] L'oubli dans lequel Hévin est tombé est une véritable injustice. Son compatriote d'Argentré, parce qu'il a été mêlé aux luttes politiques et qu'il y a porté la fougue de son tempérament, a joui d'une célébrité qui dure encore, tandis qu'Hévin, tout entier aux travaux du Palais et aux études historiques, n'est plus guère connu aujourd'hui que de quelques érudits, et cependant ses ouvrages sont au nombre des meilleurs que nous ait légués le passé et ils nous révèlent des qualités de premier ordre.

Digitized by Google

« habet in Andegavia ballum liberorum suorum et terræ, et non « facit rachatum, nisi se maritet » (Art. 1er).

Ce texte appartient à une époque où il y avait lutte depuis longtemps entre les seigneurs et leurs vassaux, les uns exerçant leur droit de bail avec rigueur, les autres cherchant à se racheter de cette espèce de servitude. Il s'agissait évidemment dans l'Anjou et dans le Maine de régler ces prétentions rivales : Saint-Louis réussit à faire admettre ce règlement dans une assemblée des barons. En tous cas il résulte de cette déclaration que, dans ces provinces comme en Bretagne, ce fut le droit de bail qui donna lieu au rachat, et non pas la transmission héréditaire du fief.

Si l'on songe à l'influence presque universelle qu'exercèrent les coutumes angevines et leurs voisines du Mans et d'Orléans, rédigées au XIIIe siècle, et répandues partout sous le nom d'Établissements de Saint-Louis, on peut croire sans témérité que nous avons ainsi conservé dans deux documents, l'un breton, l'autre angevin, les origines du rachat féodal. Cette conjecture a en outre l'avantage d'expliquer le nom de *plait, placitamentum*, que le relief portait dans certaines provinces comme le Dauphiné, ainsi que les nombreuses différences de détail qu'il présentait d'une coutume à l'autre : rien de plus simple, en effet, s'il fut le résultat de transactions entre les vassaux et leurs seigneurs et d'arrangements adoptés dans les Assises ou États provinciaux.

Je crois inutile d'entrer dans de plus longs développements à ce sujet, et je puis tenir pour démontré, jusqu'à ce qu'on ait produit la preuve contraire, que le profit féodal connu sous le nom de rachat ou de relief n'eut pas pour cause la nécessité pour les héritiers d'obtenir l'ensaisinement du seigneur après la mort du vassal. Il fut tout simplement l'indemnité payée sous forme d'abonnement pour enlever au seigneur le bail du fief échu à un héritier mineur [1].

[1] C'est ce que tendrait à prouver également la forme du rachat : l'indemnité due au seigneur consistait en une année de jouissance en nature, qui lui permettait de prendre, comme le dit l'Assise bretonne, les fruits et issues du fief pendant un an. N'est-ce pas là comme une marque d'origine, qui accuse la parenté du bail et du rachat ?

Digitized by Google

II. — Origine de la saisine.

La saisine héréditaire remonte à une haute antiquité. La maxime *le mort saisit le vif* se rencontre déjà dans un acte du Parlement de Paris de 1259 : « Cum per consuetudinem terræ « mortuus debebat vivum saisire. » (Les *Olim*, I, p. 459. — Cf. Pierre des Fontaines, *Conseil à un ami*, ch. XIV, p. 4, et Beaumanoir, ch. VI, § 4, édit. Beugnot).

En admettant qu'elle ait été établie à cette époque, elle serait à peu près contemporaine du rachat, et j'en pourrais encore tirer argument en ma faveur : comment croire, en effet, qu'on l'ait admise au moment même où l'on instituait le rachat, tout exprès pour en dispenser les héritiers ?

Mais je crois que son origine remonte beaucoup plus haut. Le Parlement de Paris, dans le passage que je viens de citer, l'indique déjà comme une règle traditionnelle, *per consuetudinem terræ*. En réalité, personne n'avait gardé le souvenir de son origine et de l'époque où elle était apparue ; c'était une coutume immémoriale. — Ferrière disait qu'elle était d'un usage si ancien dans la France qu'on ne pouvait pas dire dans quel temps il avait commencé (sous l'art. 318, Cout. Paris).

Cette origine est, en effet, si ancienne qu'il faut remonter, suivant moi, jusqu'à l'époque impériale et au droit romain pour la trouver. Mais avant d'en venir là, il importe de bien se fixer sur la notion de la saisine.

De la saisine en général. — Voici le sens général des mots *saisire, sacire, saisinare* et de leurs variantes, tel qu'il ressort du Glossaire de du Cange.

1° Sens d'*occupare, possidere.* « Dux terram eorum sasibit, « eisque prohibebit... » (v° *Sasire*). — « De quibus gleba, terris « et tenementis prædicti prior et conventus modo seisiti exis- « tunt. » (v° *Seisire*).

2° *Investire, mittere aliquem in possessionem :* « Anno Do- « mini 1229, 3 Kal. junii saisivit Radulphum filgeriarum domi- « num et heredem de terra sua Petrus comes Britanniæ. » (v° *Saisire*). — « Saisivitque de illa eleemosyna domnum abbatem « Oliverium apud portam monasterii cum breviario portarii. »

Digitized by Google

Quant aux substantifs correspondants *saisina*, *saisimentum*, etc. :

1° *Possessio, jus ad rem :* « Tam in proprietate quam saisina « seu possessione... » — « Ut per saisinam pacificam jus supe- « rioris domini claresceret universis... »

2° *Missio in possessionem :* « Data prius saisina rerum et pos- « sessionum. » (v° *Saisina*). — « Eisdem monachis plenam sei- « sinam de prædicta virga terræ faciant. » (v° *Saisiacio*).

D'après les fragments qu'il avait réunis, Du Cange donne lui-même de la saisine la définition suivante : « Facultas et jus res « alicujus saisiendi seu ad manum suam ponendi, vel res obsi- « gnatas custodiendi. » (v° *Saizimentum*).

Les textes français sont d'accord avec les chartes latines. Klimrath a fort bien indiqué, d'après Albrecht, les distinctions qu'il convient d'établir entre la saisine de droit et la saisine de fait, entre la simple saisine et la vraie saisine (*Rev. Lég.*, 1835, p. 356). Je ne puis ici citer tous les textes qui seraient utiles pour exposer cette théorie. Elle peut se résumer en quelques mots : la saisine est le droit de conserver la possession, quand on l'a, ou de l'obtenir quand on ne l'a pas encore ou qu'on l'a perdue, — plus simplement, c'est le droit de posséder.

La saisine s'acquérait en principe par la tradition. A cette époque, la tradition exigeait une certaine solennité et des formes symboliques. — De plus, au lieu d'être, comme en droit romain, une simple opération privée, œuvre des parties contractantes, elle exigeait l'intervention du seigneur féodal considéré comme véritable propriétaire de la terre et seul en droit d'en transférer le domaine. De là la nécessité de faire ensaisiner l'acquéreur par les officiers de justice du seigneur, faute de quoi le vendeur restait propriétaire : « Celui qui vend sa tenure, mais en retient encore la saisine par devers lui et n'en fait vest à l'acheteur, sache qu'il est encore sire de la chose. » (Som. Rural, I, 47).

A défaut de tradition régulière, le possesseur acquérait la saisine par une possession paisible et publique d'un an et un jour. « Nous appelons vraie saisine, quand aucun remaint saisi an et jour comme sire et par justice à la veue et la sceue de celui qui

Digitized by Google

demander peut et ne veut demander et se tait. » (*Jostice et plet*, L. III, IV, § 5).

De la saisine héréditaire en particulier. — On disait que l'héritier était saisi de plein droit. Cette saisine ne pouvait être que la saisine de droit et non pas la saisine de fait, car il eût été absurde d'admettre que le fait de la possession se trouvait déjà réalisé en la personne de l'héritier avant toute appréhension matérielle de sa part. L'auteur du Grand coutumier le fait remarquer en termes très clairs : « La coutume qui dit *le mort saisit le vif* est à entendre... *saisina juris tantum modo et non facti,....* et à lui est nécessaire cette appréhension de fait avant qu'il se puisse dire avoir entière saisine, *ut in lege cum heredes*, C., *De adq. poss.* » (L. II, ch. 19).

C'était donc uniquement la saisine de droit, qui se trouvait transmise à l'héritier : Il avait le droit de posséder.

Cela signifiait deux choses :

1° Il pouvait se mettre en possession par lui-même et sans aucune formalité préalable : «... Le successeur en est tout saysi de droit, et ne lui est nécessaire de aller ne au seigneur, ne au juge, ne à autre, mais de son autorité se peut de fait ensaisiner... » (Grand coutumier, L. II, ch. 19). — « Se aucun ne lui empêche saisine il n'est pas mestier que il en face demande, car il peut entrer en la chose dont droit ou coutume lui donne la sesine, sans parler à seigneur. » (Beaumanoir, ch. VI).

2° S'il y avait quelque obstacle de fait à son entrée en possession, si quelqu'un lui empêchait la saisine, comme dit Beaumanoir, il devait être mis en possession par autorité de justice, *sans plaid faire*, dit Pierre des Fontaines (Ch. XIV, § 4), ce qui revient à dire qu'il jouissait d'un interdit *adipiscendæ possessionis*, et n'en était pas réduit à former sa demande dans les formes ordinaires (Cf. Klimrath, *Rev. Lég.*, II. p. 389).

Il est impossible de nier la ressemblance qu'offrent la saisine héréditaire de l'époque féodale, telle que nous venons de la voir dans les textes que je viens de reproduire, et la *Bonorum possessio* prétorienne telle que la comprenait Ulpien : « Bonorum possessionem ita recte definiemus : jus perse-« quendi retinendique patrimonii sive rei quæ cujusque, cum

Digitized by Google

« moritur, fuit. » (L. 3 § 2, *De bon. poss.* D., XXXVII, 4). Un auteur coutumier ne se serait pas exprimé autrement pour définir la situation de l'héritier saisi.

La différence, c'est que dans la saisine cet effet se produisait de plein droit et sans l'intervention du juge[1] : « L'héritier légitime, dit Charondas, est par le droit français saisi de la succession du défunt, sans user de mise en possession. » (XX de la Somme rurale).

Il suffirait de pouvoir expliquer par le droit romain lui-même cette dispense accordée à l'héritier d'obtenir la *missio in possessionem* pour que l'origine romaine de la saisine se trouvât constatée et le lien historique des temps rétabli du même coup.

A l'époque où la Gaule fut séparée de l'empire, le Code Théodosien y était encore en vigueur. Les *Bonorum possessiones*, qui avaient reçu depuis longtemps tout leur développement, y étaient devenues d'un usage universel. Dès le temps de Dioclétien, la confusion commençait à se faire entre l'*Hereditas* et la *Possessio bonorum*, et en fait, grâce aux avantages pratiques de la procédure prétorienne, l'héritier qui voulait accepter une succession, avait toujours soin de demander au magistrat la *missio in possessionem*. Les formes de la demande avait été simplifiées. Pendant longtemps il avait fallu s'adresser au magistrat supérieur, c'est-à-dire à Rome au préteur, et dans les provinces au gouverneur; et la demande devait être conçue en termes sacramentels, *solenniter* (LL. 1 et 2, C., *Communia de succ.*, VI, 59. — Cf. Théophile : *Necesse erat prætorem adire et specialiter dicere : Da mihi hanc bonorum possessionem. Ad* § *ult.*, Inst., *h. t.*). — Constantin, ou peut-être Constance, car l'attribution du texte est douteuse, avait supprimé ces solennités : « *Ut verborum inanium excludimus*

[1] C'était là surtout ce qui frappait l'esprit des jurisconsultes anciens dans la saisine héréditaire, c'était cette possibilité d'agir au possessoire sans avoir encore jamais eu la possession en fait, parce que rien de pareil n'était possible dans les transmissions entre vifs. Ainsi s'explique le fameux passage de Tiraqueau : « Mortuus facit vivum possessorem, sine ulla appre« hensione. » Tiraqueau ne veut pas dire que la possession de fait est acquise à l'héritier, puisqu'il suppose qu'il n'y a encore eu aucune prise de possession. Il entend parler uniquement de la possession de droit, c'est-à-dire du droit d'entrer en possession, et, en cas d'empêchement, d'agir au possessoire.

Digitized by Google

captiones », et permis de s'adresser à un magistrat quelconque, même au duumvirs municipaux : « *apud quemlibet judicem vel etiam apud duumviros.* » (L. 6, C., *Qui adm. ad B. P.*, VI, 9). Malgré ces réformes la nécessité d'obtenir une autorisation du juge subsistait toujours ; la procédure seule avait été simplifiée.

Cependant certains héritiers privilégiés avaient déjà été dispensés de l'obligation de s'adresser à la justice pour obtenir cette mise en possession, et l'on trouve des traces de ces faveurs exceptionnelles dans le Code Théodosien.

C'est d'abord une constitution de Constantin, de 321, qui s'applique à la mère appelée à succéder à ses enfants : « Ita ut, « nec petita bonorum possessione (quoniam hujus legis, non « prætoris, est beneficium), illico ut sibi delatæ portionis dies ex- « titerit, aditione simplici, adrepto rerum quolibet corpore vel « animi destinatione patefacta, plenum dominium delatæ sibi por- « tionis consequatur. » (L. 1, C. Th., *De legit. hered.*, V, 1).

Plus tard, dans une *Oratio* qu'ils adressèrent au Sénat en 426, Théodose et Valentinien accordèrent la même faveur au père : « Patrem aliqua ex parte minorem esse matribus non sinemus : « nam cum etiam infantis filii morientis mater bonorum solatia « consequatur, cur de ejus ætate pater graves patiatur tendiculas « non videmus. Et cum legitima successio non modo in matre, « verum etiam in successoribus longius constitutis, non bonorum « possessionis petitionem, non cretionis solemnitatem cogitur « custodire, qualicumque contenta aditæ vel adeundæ heredi- « tatis indicio, quanto magis pater talibus est vinculis exuendus? « Atque ideo hac oratione sancimus ut pater etiam infantis filii « successionem sive ille matre ejus moriente adeundæ hereditatis « vel petendæ bonorum possessionis fuerit exsecutus officium, sive « ista neglexerit, morienti filio infanti in qualibet ætate sine ambi- « guitate succedat. » (L. Un., C. Th., *De cretione vel bonorum possessione*, IV, 1).

Voilà donc déjà quelques héritiers, les plus favorables, qui sont affranchis de cette obligation de s'adresser au magistrat, et à qui la faveur impériale accorde de plein droit tous les avantages que les autres obtiennent par décision de justice.

D'après Justinien, cette dispense aurait été rendue générale,

Digitized by Google

ou tout au moins étendue à de nouveaux cas par les empereurs qui suivirent.

« Sed bene anteriores principes et huic causæ providerunt, « ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed quocum- « que modo, si admittentis eam indicium intra statuta tempora « ostenderit, plenum habeat earum beneficium. » (§ 10, Inst., *De B. P.*, III, 9).

Est-il téméraire de supposer que des constitutions impériales avaient été rendues à ce sujet, qu'elles étaient observées en Gaule et qu'elles ne sont pas parvenues jusqu'à nous ?

En tous cas Justinien fit disparaître définitivement l'usage de demander en justice la *missio in possessionem*. C'est ce qui résulte de l'approbation donnée par lui, dans le § 10 des Institutes, aux anciennes constitutions dont il parle : « *Sed bene anteriores principes providerunt...* » (Cf. Accarias, t. II, n° 468).

La transformation du droit romain sur ce point est capitale : c'est là qu'est la véritable origine de la saisine héréditaire, puisqu'elle aboutit à transférer de plein droit à l'héritier le bénéfice de la possession légale dont le défunt jouissait, en lui donnant, avant toute appréhension de fait de sa part et sans aucune décision de la justice, le libre exercice de l'interdit *Quorum bonorum*.

Quoique le mot de saisine soit étranger au droit romain, la chose s'y trouve donc déjà, et c'est de là qu'elle a passé dans le droit français. On ne savait pas en quel temps la règle avait été introduite, disait Ferrière. C'est que la saisine est le résultat d'une lente transformation qui a mis des siècles à s'accomplir et qu'elle était déjà l'usage universel avant même que la Gaule ne fût devenue la France.

C'est au surplus la seule manière raisonnable d'expliquer comment il se fait que la règle *le mort saisit le vif* fût admise dans tous les pays de droit romain. Tiraqueau disait que c'était « la règle du monde » ; on l'a accusé d'emphase, et il disait pourtant la pure vérité. (Cf. Ferrière, sur l'art. 318, Cout. de Paris).

Il y a même ceci de remarquable, c'est que dans le midi de la France, cette maxime avait reçu une application beaucoup plus

Digitized by Google

large que dans le nord. On l'appliquait en effet même à l'héritier institué, ce qui n'avait pas lieu dans les provinces coutumières, conséquence toute naturelle de l'ancien système des *Bonorum possessiones secundum tabulas.*

Enfin la seule coutume qui n'admît pas la saisine pour tous les héritiers légitimes était la coutume de Bretagne qui la refusait aux collatéraux ; or c'était la coutume la plus éloignée des influences romaines qui prévalaient dans le Midi.

Comment justifier un pareil état de choses si la saisine héréditaire est absolument étrangère aux lois romaines ?

Observation. — Nous sommes aujourd'hui victimes à notre insu du changement qui s'est opéré dans le langage juridique.

Sous l'empire du Code, tout héritier légitime est saisi de plein droit ; tout successeur ab intestat qui n'a pas la saisine est un simple successeur aux biens, et non pas un héritier. — Il n'en était pas de même autrefois.

Il n'était pas sans exemple de voir des héritiers légitimes privés de la saisine, comme l'étaient les collatéraux en Bretagne. Et en sens inverse, tous les successeurs irréguliers avaient la saisine. Les seuls que l'on connût alors étaient le roi et les seigneurs succédant par droit d'aubaine, de bâtardise, de confiscation ou de deshérence, et les fabriques et monastères recueillant le pécule des prêtres et des religieux. De pareils successeurs n'étaient pas des héritiers : comme aujourd'hui l'État, ils recueillaient les les biens sans succéder à la personne. On les considérait néanmoins comme saisis, en vertu du droit de domaine supérieur ou éminent qu'on leur reconnaissait sur les choses laissées par le défunt : « Possessio monachi est possessio abbatis. »

Les enfants naturels ne succédaient pas.

Quant au conjoint survivant, on lui refusait quelquefois la qualité d'héritier, mais on sait pourquoi : c'est que, même après Justinien, il ne fut jamais appelé par la loi à succéder au prémourant. Seul de tous les *Bonorum possessores*, il ne fut pas compris dans le système général des successions remanié par les Novelles, et de tout temps, son seul titre pour recueillir les biens, ce fut l'édit *Unde vir et uxor.* Tous nos anciens auteurs, depuis le livre de Jostice et de Plet jusqu'à Lebrun, sont très

Digitized by Google

clairs sur ce point; quand ils appellent le conjoint possesseur de biens et lui refusent le titre d'héritier, c'est pour se conformer au droit romain ; mais ils finirent par reconnaître que la saisine appartenait au conjoint comme aux héritiers proprement dits, et jamais ils ne songèrent à lui contester la qualité de continuateur de la personne, puisque le *Bonorum possessor* était *loco heredis.*

Notre distinction française entre les héritiers légitimes, parents du défunt, qui sont saisis de plein droit, et les successeurs irréguliers qui, n'ayant pas la saisine, ont besoin de demander à la justice un envoi en possession, n'est donc pas autre chose au fond que l'ancienne distinction romaine entre les *heredes legitimi* appelés par la loi civile, et les *bonorum possessores* appelés par le droit prétorien. Seulement cette distinction, grâce aux vicissitudes qu'elle a subies à travers les siècles, est devenue méconnaissable : tandis que le *Bonorum possessor* des Romains tendait à se confondre avec l'héritier civil et à se passer de toute autorisation judiciaire, nos possesseurs de biens sont considérés comme des héritiers d'ordre inférieur, et rigoureusement soumis à la nécessité d'obtenir un envoi en possession.

— D'autres considérations de détail viennent fortifier encore la conclusion qui se dégage de cet aperçu général.

L'effet de la saisine était annal, et l'héritier ne pouvait se dire saisi de plein droit qu'autant qu'il agissait dans l'année du décès.

« Et est chacun saisi de son droit et portion de la succession dudit mort, sans appréhension de fait, au dedans de l'an et jour du décès d'icelui mort. Car si lesdits successeurs ou aucuns d'eux laissent passer l'an et le jour après ledit décès sans appréhension de fait de leurs dites portions et sans soi douloir, complaindre et appleiger, et en souffrant autres possesseurs par ledit temps, ils n'en seraient plus saisis, mais conviendrait qu'ils y vinssent par action. » (Anjou 272, Maine 289).

Le Grand coutumier s'en explique très clairement : « Les héritiers dedans l'an peuvent se dire saisis, mais si l'an et jour est avant passé, il convient que par voie d'action ils requièrent l'inventaire être fait. » (L. II, ch. 40).

Digitized by Google

La Somme rurale également : « Si sachez que qui veut appréhender la succession d'autruy comme hoir, il la doit appréhender dedans l'espace de 100 jours, ni plus n'y peut différer par loy escrite. Car si plus y met, le seigneur y peut mettre la main comme à chose espave... » (Tit. XX, Des laps de temps; § la 26e manière...)

Qu'est-ce que cette durée d'un an ou de 100 jours fixée à la saisine, sinon le délai même que le droit romain donnait à chaque degré d'héritiers, avant de déférer la succession au degré suivant, *ex edicto successorio*[1]? Et n'est-ce pas là encore une trace de l'origine romaine de toute cette théorie[2]?

En résumé, la saisine héréditaire est d'origine romaine : c'est l'autorisation donnée aux héritiers, dès le Bas-Empire, d'entrer en possession de la succession sans formalités préalables et d'exercer au besoin l'action possessoire qui leur est dès lors ouverte de plein droit. C'est en d'autres termes la conséquence de ce fait incontestable : la survivance de l'interdit *Quorum bonorum* malgré la disparition de la *Missio in possessionem*.

Ma thèse n'a rien qui doive surprendre. Nous sommes bien plus romains que nous ne le croyons[3]. On ne se doute guère de la quantité d'idées romaines qui se sont transmises jusqu'à nous à travers les lois de l'époque barbare ; la féodalité elle-même en était tout imprégnée. Et comment aurait-il pu en être autrement, avec le mince bagage d'idées juridiques que les barbares apportaient dans l'empire? Comment leur droit aurait-il pu vivre et grandir, s'il n'avait pas vécu d'emprunts? Quel système successoral auraient-ils pu mettre à la place des usages romains, si

[1] L. 1. §§ 8, 9 et § 12, *De succ. edicto*, D, XXXVIII, 9.

[2] Les délais donnés pour agir comme *Bonorum possessor* avaient été conservés, même après la disparition de la *Missio in possessionem*.

[3] Cf. Quicherat : « En ce qui concerne l'état social et politique de la Gaule sous les fils de Clovis, il faut le juger très peu différent de ce qu'il avait été sous les derniers empereurs romains. » (*Bibl. de l'Ecole des Chartes*, VIe série, t. Ier, p. 554). — Viollet : « Dans le Maine, dans l'Anjou et dans la Touraine, les actes les plus anciens qui nous soient parvenus sont sensiblement pénétrés de droit romain » (*Etabl. de Saint Louis*, t. I, p. 95).

Digitized by Google

savants et si perfectionnés? Rien n'est plus tenace que les habitudes et les mœurs d'un pays déjà civilisé, qui se trouve brusquement envahi, surtout quand la population conquise est supérieure à ses conquérants. Lorsque ceux-ci, dans une pensée politique, essaient de s'assimiler leurs nouvelles provinces, ils échouent souvent dans leur entreprise. A plus forte raison, les institutions juridiques des vaincus doivent-elles survivre quand on ne cherche même pas à les détruire. MARCEL PLANIOL.

DE LA POSSIBILITÉ DE COMBINER ENTRE ELLES LES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

par M. Léon LACOUR, professeur agrégé à la Faculté de droit de Douai.

En droit, il y a deux principales manières de classer les sociétés commerciales. Si l'on envisage l'étendue de la responsabilité des associés, elles sont de trois sortes : sociétés en nom collectif, sociétés en commandite, sociétés anonymes (art. 19 du Code de commerce). Si l'on s'attache, d'autre part, à la nature des éléments qui composent le capital social, à la plus ou moins grande facilité de circuler qui peut être donnée aux parts des associés, on distingue deux sortes de sociétés commerciales : les sociétés par intérêts, et les sociétés par actions.

Dans quelle mesure ces deux divisions sont-elles susceptibles de se combiner entre elles? Les trois espèces de sociétés prévues par l'art. 19 du Code de commerce peuvent-elles indifféremment diviser leur capital par intérêts ou par actions? Ces deux formes de parts sociales peuvent-elles également se rencontrer dans chacun de ces trois types de sociétés? Telle est, sous son aspect le plus général, la question que nous nous proposons d'étudier.

Il importe, avant de l'aborder, d'être bien fixé sur les définitions. Tout le monde s'entend sur le sens des expressions *société en nom collectif, société en commandite, société anonyme.* La société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont tenus indéfiniment des dettes; la société anonyme, celle dans laquelle ils ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leur

Digitized by Google

mise; quant à la commandite, elle renferme deux catégories d'associés, les uns dont la responsabilité est ainsi limitée, les autres qui engagent toute leur fortune. Ces notions résultent du texte même de la loi (art. 20 à 33, C. com).

Malheureusement il n'y a aucun texte qui définisse les mots *intérêt* et *action :* la loi les emploie sans les expliquer. Aussi la distinction de ces deux termes a-t-elle soulevé les controverses les plus vives parmi les interprètes.

Tout a été dit sur cette fameuse question, et chacun a son opinion faite. Nous nous serions contenté d'indiquer la nôtre, s'il ne s'était produit récemment au Sénat, dans la discussion du projet de loi sur les sociétés, une définition nouvelle de l'action. Il suffit, pour en signaler l'importance, de dire qu'elle a pour auteur M. Bozérian, le savant rapporteur de la commission. On nous permettra donc de la discuter rapidement et d'indiquer les objections qu'elle soulève.

D'après M. Bozérian, l'action n'est autre chose que le titre figuratif de l'intérêt de chaque associé [1]. Il n'y a pas à s'inquiéter, d'ailleurs, de la forme de ces titres; peu importe qu'ils soient négociables ou non. La société doit être qualifiée de société par actions, du moment que l'on a délivré aux associés des titres représentant leurs parts.

Que ce soit là, comme l'affirme M. Bozérian, le langage de la pratique, que ce soit surtout le langage des personnes ignorantes du droit, c'est un point que nous ne contesterons pas. L'esprit a une tendance naturelle à prendre pour le droit lui-même, conception abstraite, la chose matérielle, l'*instrumentum*, qui révèle et démontre son existence. Si on appelle souvent *contrat* l'acte qui a été rédigé pour constater l'accord des parties, si on donne le nom de *créance* au morceau de papier sur lequel le débiteur a reconnu son obligation, il doit arriver aussi que l'on appelle *action* le titre représentatif d'une part dans la société, tandis que le mot, dans son sens propre, désigne cette part elle-même. C'est une confusion très excusable, mais qui ne peut échapper à l'attention d'un légiste.

[1] Séance du 30 novembre 1884 : *Journal Officiel*, Sénat, débats parlementaires, p. 1797.

Digitized by Google

Ne serait-il pas, dès lors, bien étonnant que l'on pût trouver dans une telle habitude de langage la solution d'une question purement juridique comme celle-ci? A la réflexion, cela paraît d'autant moins possible, que ce langage n'implique, dans l'esprit de celui qui le tient, aucune intention de distinguer entre l'action et l'intérêt : on fait simplement allusion à la part qu'on a dans la société, sans vouloir préciser la nature juridique de ce droit. Parmi les personnes qui sont intéressées dans des sociétés et qui parlent de *leurs actions*, combien en est-il qui sachent seulement que les mots intérêt et action ont en droit un sens différent?

Suivons toutefois la doctrine de M. Bozérian dans son application pratique ; jugeons-la par ses résultats. Pour savoir si une société est par intérêts ou par actions, il faut, dans cette doctrine, rechercher s'il a été délivré aux associés des titres représentant leurs droits, ou si la preuve de ces droits résulte uniquement de l'acte constitutif de la société. Est-là un *criterium* satisfaisant? Le fait seul d'une délivrance de titres doit-il avoir une pareille importance? C'est une chose que l'on a peine à comprendre. Il est vrai que les titres sont généralement destinés à réaliser des cessions dans l'avenir, que leur existence implique, sinon toujours, du moins le plus souvent, la cessibilité des parts sociales. On pourrait ainsi revenir, par une voie détournée, à l'opinion des auteurs qui font de la cessibilité le caractère distinctif de l'action. Mais telle n'est certainement par la pensée de M. Bozérian, puisqu'il a hautement protesté contre cette opinion, présentée à la tribune par M. Batbie. Tout dépend donc, à ses yeux, de ce fait matériel, l'existence de titres distincts, représentant les droits de chaque associé : peu importe que ces titres soient cessibles ou non, qu'ils soient négociables ou qu'ils aient la forme d'une créance civile. Il ne s'agit plus alors que d'une précaution prise pour faciliter la preuve des droits des associés, et on ne peut guère, je le répète, concevoir que l'accomplissement de cette simple formalité ait pour effet de transformer subitement une société par intérêts en société par actions, de décider du régime légal auquel elle sera soumise, et notamment, s'il s'agit d'une commandite, d'entraîner l'application du titre 1er de la loi du 24 juillet 1867.

Digitized by Google

Laissons donc de côté le sens vulgaire du mot *action*. Ce qu'il faut s'efforcer d'établir, c'est le principe d'une distinction rationnelle entre ce terme et celui d'intérêt. Voici, tout d'abord, l'idée fondamentale sur laquelle on doit se guider dans cette recherche : si la loi a soumis les sociétés par actions à des règles spéciales, à des dispositions de rigueur, dont les sociétés par intérêts sont exemptes, c'est que l'action est une espèce de droit plus dangereuse que l'intérêt. Mais en quoi consiste précisément ce danger? à quel indice le reconnaître? Ici s'ouvre le champ de la controverse.

La plupart de nos lecteurs se rappellent sans doute la savante discussion qui s'est engagée sur ce point entre deux professeurs de la Faculté de Paris, et dont la *Revue* a été le théâtre en 1869 [1]. M. Beudant proposait un *criterium* nouveau : « L'intérêt, disait-il, c'est le droit de l'associé, quand la considération de la personne a été, de la part des contractants, l'élément déterminant de leur accord ; l'action, c'est le droit de l'associé, quand la considération de la personne est restée étrangère à la formation du contrat. » M. Batbie soutenait, en la précisant, l'ancienne doctrine de la cessibilité. Il nous a été rarement donné d'assister à un duel juridique aussi intéressant, et il serait malaisé de décider auquel des deux champions est resté l'avantage. Cependant, s'il faut dire toute notre pensée, chacun d'eux nous semble avoir plutôt réussi à montrer les points faibles de l'opinion de son adversaire qu'à établir la sienne sur une base inébranlable. On peut leur reprocher à tous deux l'extrême subtilité de leur analyse et l'incertitude de leurs conclusions : il n'est pas vraisemblable que la pensée du législateur ait été aussi compliquée.

Nous préférons, quant à nous, un *criterium* plus simple et plus clair, celui qui se tire de la négociabilité des titres : c'est le seul qui soit d'une application facile, et qui permette d'obtenir des résultats certains. On a pu affirmer, sans être démenti, que le monde des affaires n'en a jamais connu d'autre. Parmi les objections qu'on a opposées à cette doctrine, il n'en est qu'une qui nous paraisse vraiment grave. Il n'est pas rationnel, a-t-on dit, de déterminer la nature intrinsèque d'un droit d'après la forme

[1] Voir *Revue critique*, t. 34, p. 135, 328, 402 et 431.

Digitized by Google

dont il est revêtu : la forme dépend souvent du fond, mais le fond ne peut dépendre de la forme. Qu'on y prenne bien garde : ce n'est pas là un axiome d'une vérité absolue : la forme peut avoir une telle importance, qu'elle emporte le fond : c'est ce qui arrive souvent en matière commerciale [1], et tel est précisément le cas pour l'action. Qu'est-ce donc qui fait le danger particulier de l'action, et qui justifie les précautions dont elle a été entourée ? C'est la grande facilité avec laquelle l'action peut passer de main en main, c'est la rapidité des achats et des ventes qui se font presque toujours à la Bourse, et qui constituent la spéculation. Or, est-il possible de concevoir cette circulation, avec des titres qui ne sont pas négociables, et dont la cession exige les formalités gênantes du Code civil (art. 1690) ? Évidemment non ; c'est la négociabilité qui crée le danger ; c'est donc la négociabilité qui fait l'action [2].

On nous permettra de ne pas insister davantage sur une question qui n'est que préliminaire, au point de vue de notre étude. Il était indispensensable de dire ce que nous entendions par *action* et par *intérêt*, et de motiver en quelques mots le parti que nous prenions dans la controverse. Désormais il n'y aura plus d'équivoque possible, et on comprendra exactement la portée du problème que nous allons examiner : la division du capital en intérêts et la division en actions peuvent-elles également se rencontrer, soit dans la société en nom collectif, soit dans la commandite, soit dans la société anonyme ?

En théorie pure, et abstraction faite des textes, la solution ne saurait être douteuse. Il n'y a rien de commun entre la distinc-

[1] Ainsi les titres au porteur sont, à cause de leur forme, traités comme des meubles corporels à un grand nombre de points de vue.

[2] Il est facile de démontrer que la loi fiscale ne traite comme de véritables actions que les titres négociables (V. loi du 22 frim. an VII, art. 69, § 2, n° 6 ; loi du 5 juin 1850, art. 25). C'est un point acquis en jurisprudence (Cass. req., 27 mars 1878, Sir., 1878. 1. 308).

Pour une justification plus complète de notre doctrine, on peut se référer à l'excellente argumentation de M. Vavasseur, *Traité des Sociétés*, n°s 327 à 341. Nous sommes heureux de pouvoir aussi invoquer en sa faveur l'autorité considérable de M. Rataud, dont nous avons reçu l'enseignement à la Faculté de Paris.

Digitized by Google

tion de l'intérêt et de l'action, et la question relative à l'étendue de la responsabilité des associés. On conçoit sans peine que la part d'un associé puisse être un simple intérêt, bien que la responsabilité soit limitée [1]; et que, à l'inverse, elle puisse consister en actions, quoiqu'il s'agisse d'un associé responsable sur tous ses biens des dettes sociales [2]. On n'aperçoit donc pas, à première vue, l'obstacle qui pourrait empêcher l'une quelconque des trois sociétés prévues par l'art. 19 du Code du commerce de diviser son capital, comme il lui plaît, soit par intérêts, soit par actions.

La question devient beaucoup plus douteuse, si on aborde la législation positive. Nous allons l'examiner, d'abord sous l'empire de notre droit actuel, puis au point de vue des réformes qui peuvent y être introduites par la nouvelle loi sur les sociétés, déjà votée au Sénat, en 2e lecture, au mois de novembre dernier. Notre étude sera, d'ailleurs, limitée aux sociétés commerciales; pour les sociétés civiles, le problème se compliquerait d'autres éléments de discussion, dans l'examen desquels nous ne voulons pas entrer.

Des trois espèces de sociétés commerciales que nous avons en vue, il en est une pour qui la question ne peut souffrir de difficultés : c'est la commandite. La loi reconnaît expressément qu'elle peut revêtir l'une et l'autre forme : la commandite par intérêts est restée sous l'empire des dispositions du Code de commerce; la commandite par actions a été soumise, en outre, à la règlementation de la loi du 24 juillet 1867.

Mais le doute s'élève pour les deux autres sociétés. La société en nom collectif est ordinairement par intérêts; pourrait-elle aussi se former par actions? La société anonyme est ordinairement par actions; ne peut-elle pas, si les fondateurs le préfèrent, se constituer par intérêts? Telles sont les deux questions délicates à l'examen desquelles se réduit maintenant notre tâche.

[1] Ce qui arrive, pour les commanditaires, dans la commandite simple.

[2] Telle est, dans la commandite par actions, la situation du gérant. Bien que toute sa fortune réponde des dettes sociales, sa part dans le capital est représentée par des actions.

Digitized by Google

I.

Une société en nom collectif peut-elle se constituer par actions?

Il ne semble pas qu'on se soit jamais posé cette question dans la pratique : c'est que l'on n'a pas encore songé, en France, à fonder une société sur une pareille combinaison. L'hypothèse n'est pourtant pas chimérique, car il existe des sociétés de ce genre dans certains pays : on peut notamment citer, en Allemagne, les sociétés coopératives de crédit dont l'initiative est due à M. Schulze-Delitsch : leur capital est divisé en actions, qui peuvent, à tout instant, changer de propriétaire; cependant tous ceux qui, à un moment donné, détiennent ces actions, sont responsables personnellement et solidairement des dettes sociales. Une société du même genre pourrait-elle se fonder chez nous, sous l'empire de notre législation actuelle?

Aux yeux de presque tous les interprètes du Code de commerce, la société en nom collectif est essentiellement une société de personnes, et non de capitaux; c'est un contrat dans lequel l'*intuitus personæ* joue toujours un rôle prépondérant. Aussi la division du capital en actions leur paraît-elle une chose impossible à concevoir : c'est ce que déclare très nettement M. Bravard-Veyrières [1], sans supposer qu'il puisse y avoir là matière à discussion. Le silence de la plupart des auteurs sur la question ne peut certainement s'expliquer que par la même pensée. M. Vavasseur est le seul, à notre connaissance, qui ait exprimé une opinion différente. « L'action, dit-il, permise dans les sociétés civiles, le serait également dans les sociétés commerciales en nom collectif, quoiqu'elles soient généralement appelées et qu'elles soient en effet des sociétés de personnes. » Puis, prévoyant l'établissement en France de sociétés coopératives comme celles dont nous parlions plus haut : « Ces sociétés, ajoute-t-il, qualifiées par la loi française, ne seraient autre chose que des sociétés en nom collectif à capital variable, où l'action pourrait certainement être introduite en vertu des art. 48 et 50 combinés de la loi de 1867. » (*Traité des sociétés*, n° 354).

[1] *Traité de droit commercial*, t. I, p. 337.

Digitized by Google

Si porté que nous soyons vers les solutions libérales, nous ne pouvons adhérer à la doctrine de M. Vavasseur. A notre avis, c'est l'opinion générale qui doit être suivie. Mais il n'est pas superflu de la justifier. La question mérite plus d'attention qu'on ne lui en a accordé jusqu'ici.

Aucun article de loi ne prévoit expressément la question. Mais, à défaut de texte, la doctrine commune peut invoquer l'esprit du législateur. Qu'on se reporte d'abord aux travaux préparatoires du Code de commerce. Le premier projet de ce Code, présenté au Gouvernement, le 13 frimaire an X, par la commission que présidait Chaptal, ne prévoyait la division du capital en actions que dans la société anonyme. Cette division était réputée impossible dans la société en nom collectif et dans la commandite. Ce qui le prouve manifestement, c'est que plus tard, lorsqu'on admit, par suite des observations des tribunaux de commerce, l'introduction de l'action dans la commandite, on crut nécessaire de le déclarer formellement, en ajoutant au texte du projet l'art. 38 actuel. Mais il n'existe aucune disposition analogue pour la société en nom collectif. La pensée des rédacteurs du Code était donc de maintenir la prohibition de l'action dans cette espèce de société.

A une époque plus récente, lorsque la rapide circulation des actions eut donné lieu aux abus les plus graves, on voulut soumettre à des dispositions restrictives les sociétés qui adopteraient cette forme. Tel fut l'objet de la loi du 17 juillet 1856, relative à la commandite par actions. En 1867, on dut faire un travail analogue pour la société anonyme, que l'on affranchissait de l'autorisation gouvernementale. Ni en 1856, ni en 1867, on ne songea à réglementer la société en nom collectif par actions. Dira-t-on que cette réglementation était inutile, et que la responsabilité indéfinie des actionnaires suffisait pour écarter tout danger? L'objection ne serait pas sérieuse : on sait trop combien il est facile de rendre illusoire cette responsabilité, en donnant aux titres d'actions la forme au porteur [1]. C'eût été une grave impru-

[1] Il est vrai que dans la société en nom collectif par actions, comme dans la commandite, il y aurait toujours au moins un gérant dont le nom se trouverait dans la raison sociale, et qui ne pourrait dégager sa respon-

Digitized by Google

dence que d'autoriser la société en nom collectif par actions, sans la soumettre à un ensemble de dispositions restrictives. Mais on ne peut reprocher cette imprudence au législateur de 1867 : s'il ne s'est pas occupé de la société en nom collectif[1], c'est qu'il n'admettait pas que cette société pût se constituer autrement que par intérêts.

M. Vavasseur soutient cependant que la solution contraire résulte, en ce qui concerne du moins les sociétés à capital variable, de la combinaison des art. 48 et 50 de la loi de 1867. Examinons de près l'argument, que l'auteur ne prend pas la peine d'expliquée. L'art. 48 permet de stipuler la variabilité du capital « dans les statuts de toute société » : donc une société en nom collectif peut affecter cette modalité. D'une part, l'art. 50 traite des actions, qui peuvent se rencontrer dans les sociétés à capital variable, sans faire entre elles de distinction : n'en résulte-t-il pas que toutes ces sociétés, même celles en nom collectif, peuvent diviser ainsi leur capital ? On aperçoit aisément que cette conclusion n'est nullement justifiée par les prémisses. Sans doute, la variabilité du capital peut être introduite, soit dans une société en nom collectif, soit dans une société quelconque par actions : mais pour que cette clause pût se trouver dans une société en nom collectif par actions, il faudrait d'abord que l'existence d'une pareille société fût autorisée par le droit commun. Or les art. 48 et 50 sont complètement étrangers à la solution de cette dernière question. L'argument qu'on en tire repose uniquement sur un cercle vicieux.

Admettons pourtant, par hypothèse, que la doctrine de M. Vavasseur soit exacte. Une société en nom collectif se fonde, et divise son capital par actions. Comment sera régie cette société ? La question vaut la peine d'être examinée : elle est grosse de difficultés. On a le choix entre deux principes de solution. Le premier consiste à écarter absolument la loi de 1867, et à s'en tenir aux règles du Code de commerce. La société sera, par suite,

sabilité vis-à-vis des tiers par la cession de ses actions. Mais on pourrait prendre pour gérant un homme de paille, et ce ne serait pas là une garantie sérieuse.

[1] Si ce n'est pour les formalités de publicité, dans le titre IV.

Digitized by Google

entièrement libre dans sa constitution et dans son fonctionnement : les actions pourront être émises à un taux aussi faible qu'on voudra ; les opérations sociales pourront commencer avant la souscription totale du capital, sans qu'il ait été fait aucun versement; les actions seront immédiatement négociables, et même rien n'empêchera de les mettre au porteur; une clause des statuts pourra libérer les souscripteurs après un versement minime, etc. En un mot, tous les abus que la loi de 1867 s'est attachée à réprimer pourront se reproduire légalement et impunément dans la société en nom collectif.

Si l'on repousse ce système, trop évidemment contraire à l'esprit de notre législation, il faut arriver à faire une distinction, dans la loi de 1867, entre les dispositions qui sont propres, soit à la commandite, soit à l'anonymat, et celles qu'on pourrait regarder comme des règles communes à toutes les sociétés par actions. On rangerait dans cette dernière catégorie toutes les dispositions qui ont été édictées à la fois pour la commandite et pour l'anonymat et on les appliquerait à notre société en nom collectif. Nous doutons que l'on pût arriver, par ce procédé, à une réglementation suffisante. Il faudrait se résigner à de graves lacunes : par exemple, il n'y aurait pas de pouvoir de surveillance organisé, pas de rapport obligatoire avant la délibération de l'assemblée annuelle. De plus, le procédé serait parfois d'une application bien difficile : il existe, en effet, dans certaines de ces dispositions communes, de notables divergences de détail entre l'organisation de la commandite et celle de l'anonymat: par exemple, les règles sur l'assemblée constituante qui doit approuver l'évaluation des apports en nature sont très différentes dans l'un et l'autre société (comparer les art. 4 et 30 de la loi).

Il faut le reconnaître, le système pèche par la base. On le concevrait et on l'appliquerait aisément, s'il y avait, dans la loi de 1867, une partie formée de règles communes à toutes les sociétés par actions, et d'autres parties spéciales, soit à la commandite, soit à l'anonymat. Mais la loi a été rédigée dans un tout autre esprit; la preuve en est dans la façon même dont elle est divisée. On n'a donné à aucune de ses dispositions, (sauf celles du titre IV, relatif à la publicité), un véritable caractère de géné-

Digitized by Google

ralité : celles du titre Ier sont spéciales à la commandite, celles du titre II à la société anonyme ; et lorsqu'il a fallu appliquer à celle-ci des règles déjà posées pour la commandite, on a pris soin de les répéter, ou du moins de renvoyer en termes formels aux dispositions correspondantes du titre I [1]. Telle étant l'économie de la loi, lorsqu'il s'agirait d'appliquer une de ces prétendues règles générales à la société en nom collectif, sur quels articles un tribunal pourrait-il baser sa décision ? Il ne pourrait en invoquer aucun, soit du titre I, soit du titre II, sans sortir du cadre tracé par les rubriques de ces titres, et violer, par conséquent, le texte de la loi.

Voilà dans quel réseau de difficultés on est forcé de s'engager, lorsqu'on admet le point de départ de M. Vavasseur. L'examen de ces difficultés ne peut que nous confirmer dans notre opinion; il fait ressortir avec plus d'évidence le principe qu'il s'agissait de démontrer, c'est-à-dire l'impossibilité légale, pour une société en collectif, de diviser son capital par actions.

Peut-être ne serait-il pas inutile d'étudier la question au point de vue législatif. Les auteurs du projet de loi actuel sur les sociétés ne s'en sont point inquiétés : elle leur paraîtrait sans doute dénuée d'intérêt pratique. L'esprit du projet ne diffère pas, à cet égard, de celui de la loi actuelle : il exclut également, à notre sens, la possibilité d'une pareille combinaison.

II.

Une société anonyme peut-elle se constituer par intérêts ?

En l'état de la législation actuelle, c'est une question très controversée. Le projet de loi sur les sociétés présenté par le gouvernement ne l'avait pas prévue : elle a été soulevée au Sénat par M. Batbie, et un vote de cette assemblée l'a tranchée dans le sens négatif, en ajoutant à l'art. 108 une disposition nouvelle, proposée par la commission. Il importe donc de se placer successivement à deux points de vue : celui de la législation qui nous régit encore, et celui du projet de loi adopté par le Sénat.

A. *Droit actuel.* — On sait que la loi de 1867 n'a pas abrogé

[1] Voir les art. 21, 24, 35, 39, 41, 45 de la loi.

Digitized by Google

toutes les dispositions du Code de commerce relatives à la société anonyme : elle en a conservé un certain nombres qui sont énumérées dans son art. 21. Parmi ces dispositions se trouve l'art. 34 du Code, qui est ainsi conçu : « Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale. » Est-ce là une règle impérative ? ou bien l'art. 34 ne fait-il que constater la pratique habituelle des sociétés anonymes ?

Les interprètes sont très divisés sur la question. Aux yeux d'un grand nombre, le caractère obligatoire de cette disposition n'est pas douteux. Il ressort clairement de la comparaison de l'art. 34 avec l'art. 38, qui porte : « Le capital des sociétés en commandite *pourra* être aussi divisé en actions... » Voilà comment s'exprime la loi, quand elle accorde une simple faculté ; mais lorsqu'elle dit : « Le capital de la société anonyme *se divise* en actions, » elle établit une règle dont il n'est pas permis de s'écarter.

Telle est, ajoute-on, la seule interprétation qui explique la présence dans le Code de l'art. 34. Est-ce qu'on aurait pris la peine de rédiger un article, à seule fin de constater l'existence d'un usage ? La loi n'est pas faite pour exposer des faits, mais pour édicter des prescriptions.

On invoque aussi, à l'appui de cette opinion, le texte du titre II de la loi de 1867, qui régit les sociétés anonymes. Un grand nombre d'articles de ce titre visent les actions qui composent le capital social ; aucun ne se réfère à l'hypothèse où la société serait constituée sans actions. C'est que la loi n'a pas admis un seul instant la possibilité d'une telle hypothèse. Partout et toujours, elle nous présente l'action comme inséparable de l'anonymat : la règle est absolue [1].

La conséquence logique à tirer de cette doctrine, c'est que la limitation de la responsabilité de tous les associés et la division du capital en intérêts sont deux choses légalement inconciliables ; c'est qu'une société dans les statuts de laquelle ces deux clauses se trouveraient réunies ne serait, ni une société anonyme, ni aucune

[1] En ce sens, MM. Dalloz, *Rép.* v° *Société*, n° 1496; Troplong, *Sociétés*, n° 447; Bédarride, *Loi de* 1867, n°s 330 à 335; Pont, *Sociétés*, n° 1585.

Digitized by Google

autre société reconnue par la loi : elle serait frappée d'une nullité absolue et irrémédiable [1].

Malgré l'autorité des jurisconsultes qui professent cette opinion, nous pensons et nous espérons pouvoir démontrer que l'action est purement facultative dans la société anonyme.

Plaçons-nous d'abord sur le terrain des textes. Quoi qu'on en dise, ce n'est pas la loi de 1867 qui peut trancher la question. Il est vrai que beaucoups d'articles du titre II supposent le capital de la société anonyme divisé par actions. L'utilité de ces articles se trouve justifiée par cela seul que cette division est permise ; et elle est d'autant plus évidente que cette division se présente constamment en pratique. Mais il n'y a dans la loi de 1867 aucun texte qui élève cet usage à la hauteur d'une obligation légale, imposée à peine de nullité.

L'argument tiré de l'art. 34 du Code de commerce a plus de valeur. Cette disposition, qui forme véritablement le nœud de la difficulté, ne saurait être analysée avec trop de soin. En réalité, l'art. 34 renferme deux propositions distinctes : 1° Le capital de la société anonyme se divise en actions [2] ; 2° Ces actions sont d'égale valeur. Contenues dans une seule phrase, ces deux affirmations ne sauraient avoir un caractère différent : toutes deux sont impératives, ou simplement énonciatives. En déterminant le sens de la seconde, on parviendra à connaître, du même coup, celui de la première. Fixons donc notre attention sur ce point : l'égalité de valeur des actions est-elle obligatoire dans la société anonyme [3] ?

C'est un usage général, lorsqu'une société par actions se fonde,

[1] Cette sanction de l'art. 34 n'est pas admise par tous les auteurs qui lui attribuent un sens impératif. Ainsi M. Bédarride, examinant la situation d'une société qui, en se qualifiant de société anonyme, ne diviserait pas son capital en actions, ne met pas en doute la validité de cette société : il pense même « qu'elle échapperait à l'empire de la loi de 1867, et serait affranchie de toutes les conditions que cette loi impose » (n° 335). Nous renonçons à comprendre comment on peut concilier cette solution avec l'interprétation obligatoire de l'art. 34 ?

[2] On peut négliger, dans l'article, la mention des coupons d'actions.

[3] La question se présente dans les mêmes termes pour la commandite par actions.

Digitized by Google

de diviser son capital en un certain nombre de fractions égales, dont chacune sera représentée par un titre distinct. Ce mode de division, outre qu'il est le plus simple et le plus naturel, offre de grands avantages. Il facilite la répartition, sous forme de dividendes, des bénéfices annuels ; il permet à la société d'obtenir pour ses actions la cote à la Bourse ; enfin si l'on veut, dans l'assemblée générale, proportionner le nombre des voix à l'importance des intérêts, il est facile d'attribuer à chaque actionnaire une voix par tant d'actions. Cependant, si la société voulait renoncer à tous ces avantages, n'en aurait-elle pas le droit ? On cherche vainement la raison qui pourrait justifier une telle défense.

Il n'est pas rare, du reste, de voir dans la pratique des sociétés certaines actions, du même montant nominal que les autres, jouir d'un droit particulier *de préférence* ou *de priorité*, en vertu d'une clause des statuts, ou d'une modification que l'on y a apportée après coup. C'est ce qui arrive surtout lorsque la société, après avoir déjà fonctionné quelque temps, émet une nouvelle série d'actions, auxquelles on attribue un privilège dans la répartition des bénéfices. Toute combinaison de ce genre rompt l'égalité entre les actionnaires : l'art. 34 serait violé, s'il avait le sens impératif qu'on lui prête. Pourtant la jurisprudence, sans s'arrêter à cette objection, a consacré plus d'une fois la validité de pareilles clauses [1].

Enfin, — c'est une chose qui n'a pas été assez remarquée, — il peut arriver que, en vertu de la loi elle-même, une société ait forcément deux séries d'actions d'une valeur nominale différente. Lorsqu'une société se fonde à un capital de 200,000 francs, les actions peuvent n'être que de 100 francs. Si plus tard cette société augmente son capital (ce qui ne saurait lui être défendu), les nouvelles actions doivent être au moins de 500 francs

[1] Voir, par exemple, Paris, 10 janvier 1867, Dall. 1869. 2. 239.

Des procès se sont souvent élevés sur la validité, au point de vue des statuts, de la délibération de l'assemblée générale qui avait attribué un droit de préférence aux nouvelles actions (V. notamment : Paris, 29 avril 1875, Sir. 1876. 2. 113). On n'aurait pas eu besoin de porter la discussion sur ce terrain, si l'art. 34 avait mis un obstacle absolu à la possibilité d'une telle délibération.

Digitized by Google

(art. 1er de la loi de 1867). On ne peut évidemment obliger les premiers actionnaires à verser 400 francs de plus, pour établir l'égalité entre eux et les nouveaux. Voilà donc une société qui, par suite de l'application exacte de la loi, aura nécessairement deux catégories d'actions, les unes de 100 francs, les autres de 500.

Ainsi tout concourt à démontrer qu'il est impossible d'attribuer à la seconde partie de l'art. 34 un sens impératif. Dès lors, la même interprétation doit s'appliquer à la première. Si l'égalité de valeur des actions n'est pas obligatoire, la division même du capital en actions ne l'est pas non plus. Mais alors, va-t-on nous demander, comment s'expliquer la présence de cet article dans le Code de commerce? quel en peut être l'objet?

La réponse est facile, si l'on se rappelle les diverses phases qu'a traversées la rédaction du titre *des sociétés*. Les auteurs du projet du Code n'avaient pas, à l'origine, autorisé la commandite par actions. La société en nom collectif et la commandite devaient être toujours des sociétés par intérêts ; seule, la société anonyme avait ce privilège, de pouvoir diviser son capital en actions. C'était donc là un caractère distinctif de la société anonyme ; et l'on ne peut s'étonner qu'il ait été signalé dans l'art. 34. Plus tard, lorsque l'action cessa d'être l'apanage exclusif de cette société, on ne crut pas qu'il fût nécessaire pour cela de modifier l'art. 34. Le rapprochement de ce texte et de l'art. 38 mettait en lumière une idée absolument exacte : c'est que l'action était une chose traditionnelle et normale dans la société anonyme, tandis qu'on l'admettait pour la première fois, et par une sorte de faveur, dans la commandite.

Quant à la question qui nous occupe en ce moment, les rédacteurs du Code n'ont pas entendu la trancher : il est infiniment probable qu'elle ne s'est même pas présentée à leur esprit. Ils avaient toujours vu les sociétés anonymes, les Compagnies, comme on les appelait autrefois, diviser leur capital en actions ; ils ne se doutaient pas que l'on pût songer, en fondant une pareille société, à procéder autrement. Hommes d'affaires plutôt que jurisconsultes, ils se contentaient d'approprier le texte de la loi à la pratique journalière qu'ils avaient sous les yeux.

Digitized by Google

Mais, s'il faut bien se garder de leur prêter une pensée qu'ils n'ont pas eue, il est du moins permis de rechercher et de conjecturer, d'après la conception générale de leur œuvre, comment ils eussent répondu à notre question, si par hasard on la leur avait posée. Ce que nous devons consulter maintenant, en nous élevant au-dessus des textes, c'est l'esprit qui anime, dans son ensemble, notre législation sur les sociétés. Or nous avons fait déjà, au début de cette étude, une observation capitale : c'est que l'action est une espèce de part sociale plus dangereuse, plus suspecte que le simple intérêt. A quelque définition de l'action qu'on donne la préférence, il faut reconnaître qu'elle se prête, mieux que l'intérêt, à une circulation rapide ; que, par suite, une société par actions, toutes choses égales d'ailleurs, doit éveiller plus de défiance qu'une société par intérêts [1]. Le principe une fois reconnu, (et nous ne pensons pas qu'il puisse être contesté), peut-on admettre rationnellement qu'une législation qui autorise la société anonyme par actions prohibe la société anonyme par intérêts ? N'est-ce pas le cas d'appliquer le principe de bon sens : Qui peut le plus, peut le moins ? S'il est permis aux associés de donner à leurs droits la forme qui est réputée particulièrement dangereuse, il ne saurait leur être défendu d'adopter celle qui ne l'est pas. Notre conclusion est donc que la société anonyme peut se constituer par intérêts, aussi bien que par actions [2].

Après avoir essayé d'établir l'exactitude juridique de cette doctrine, il reste à s'expliquer sur les conséquences qu'elle entraîne après elle. Il ne suffit pas d'affirmer qu'on peut fonder une société anonyme par intérêts : il faut savoir quel sera, dans notre droit, le régime légal d'une pareille société. Sera-t-elle absolument libre, à la seule condition d'observer les principes du droit commun qui s'imposent à toute espèce de société ? Ou

[1] C'est pourquoi on a dû réglementer, dans une loi spéciale, la commandite par actions, tandis qu'on s'est contenté, pour régir la commandite simple, des dispositions du Code de commerce.

[2] En ce sens, MM. Beudant, *Revue critique*, t. 34, p. 141 à 143 ; Vavasseur, *op. cit.*, nos 776 à 786 ; Rivière, *op. cit.*, no 180 ; Alauzet, *Sociétés*, nos 529 à 531 ; Boistel, *Droit commercial*, no 304 ; Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, no 371.

Digitized by Google

devra-t-elle se soumettre, dans la mesure du possible, aux prescriptions de la loi de 1867 qui concernent les sociétés anonymes ?

Lorsque cette loi fut discutée au Corps législatif, M. Ernest Picard souleva la question même que nous venons d'examiner : sera-t-il permis de constituer une société anonyme, sans diviser le capital en actions? Pensant que cette combinaison serait particulièrement avantageuse aux sociétés coopératives, il demandait qu'on introduisît dans la loi, au début du titre II, une disposition formelle pour l'autoriser. Après une discussion longue et un peu confuse entre les ministres qui défendaient le projet du Gouvernement et plusieurs orateurs de l'opposition, le Corps législatif refusa de renvoyer à la commission l'examen de la question. Lorsqu'on lit le compte-rendu de la séance du 4 juin 1867, on s'aperçoit que ce résultat négatif de la discussion est dû à deux causes. La première, c'est qu'on n'était pas parvenu à s'entendre sur la définition de l'action, dont le caractère essentiel, suivant M. Emile Ollivier, était la cessibilité, tandis que M. Rouher se refusait à admettre ce *criterium*. En second lieu, M. Emile Ollivier avait affirmé que le Corps législatif, en accueillant le vœu de M. Ernest Picard, permettrait aux sociétés anonymes, qui voudraient se constituer sans diviser leur capital en actions, d'échapper à la réglementatation de la loi[1]. Si aujourd'hui, malgré le silence des textes, on admet avec nous cette possibilité, faut-il déduire la conséquence qu'indiquait et que désirait M. Emile Ollivier[2] ?

Le seul auteur qui paraisse attacher quelque importance à la

[1] Voir le *Moniteur* du 5 juin 1867.

M. Rouher, ministre d'Etat, qui représentait le Gouvernement dans le débat, combattit la proposition Picard, parce qu'il craignait d'ouvrir une brèche dangereuse dans la loi, et ne voulait pas qu'une société anonyme pût, en modifiant la division de son capital, échapper à ses prescriptions. Mais il ne faudrait pas tirer de là un argument contre notre doctrine. Appelé, dans cette même discussion, à donner son avis sur le sens de l'art. 34 du Code de commerce, voici comment il s'exprimait : « Cette disposition est-elle obligatoire ? je dois dire qu'en l'état actuel des choses, en dehors même de la question des sociétés coopératives, rien dans la législation, rien dans la doctrine, rien dans la jurisprudence ne donne à cette prescription de l'art. 34 l'importance d'un texte impératif. »

[2] *Op. cit.*, n° 784.

Digitized by Google

question, M. Vavasseur, repousse vivement cette idée; et nous sommes entièrement de son avis. Le titre II de la loi de 1867 n'est pas exclusivement réservé à la société anonyme par actions; il doit s'appliquer, comme sa rubrique l'indique, à toutes les sociétés anonymes. Sans doute, il y a dans ce titre un grand nombre de dispositions qui impliquent la division du capital en actions, et qui doivent, par conséquent, rester étrangères à notre hypothèse; mais toutes les autres s'appliqueront à la société anonyme par intérêts. Ainsi cette société ne pourra avoir moins de sept membres; elle ne sera constituée qu'après la souscription de tout son capital et l'approbation des apports en nature donnée conformément à l'art. 4; ses administrateurs seront soumis aux dispositions des art. 23 et 25; un ou plusieurs commissaires devront être nommés pour présenter le rapport à chaque assemblée annuelle; un fonds de réserve devra être constitué dans les termes de l'art. 36, etc. Nous n'avons pas la prétention d'énumérer toutes les dispositions qui seront applicables; il appartiendra aux juges de déterminer, à propos de chacune d'elles, si elle dérive de la division du capital en actions, ou si c'est une règle générale, dont l'empire s'étend à toute société anonyme.

Sous un pareil régime, la société anonyme par intérêts présente, à tous égards, les mêmes garanties que la société anonyme par actions; elle en présente même davantage, puisque, malgré les précautions de la loi, l'action est toujours un instrument dangereux entre les mains des spéculateurs. Avec notre doctrine, la constitution d'un anonymat par intérêts ne peut être envisagée comme une manœuvre destinée à tourner les règles de la loi; c'est une combinaison parfaitement légitime, et qui ne doit pas être suspectée.

B. *Projet de loi sur les sociétés.* — Il semble que, du moment où l'on s'occupait de faire une loi nouvelle sur les sociétés, l'importante question qui vient d'être étudiée s'imposait à l'attention du législateur. Elle n'avait pourtant pas été prévue dans les travaux de la commission extra-parlementaire qui a préparé le projet du gouvernement. Elle s'est présentée seulement devant le Sénat, au cours de la discussion de ce projet, dans la séance du 29 novembre dernier.

Digitized by Google

M. Batbie avait appelé l'attention de la commission, à qui le Sénat avait confié l'examen du projet, sur la situation des sociétés anonymes qui pourraient s'établir sans diviser leur capital en actions. Il fallait, selon lui, déterminer exactement les articles, soit du Code de commerce, soit de la loi nouvelle, qui seraient applicables à ces sociétés; et il proposait un amendement qui énumérait, dans ce but, une grand nombre de dispositions légales. La question soulevée par M. Batbie exigeait un examen long et minutieux : il fallait passer en revue tous les textes relatifs aux sociétés anonymes, et déclarer, pour chacun d'eux, s'il était, ou non, indépendant de la divison du capital en actions. On ne peut guère supposer que la perspective de ce travail ait exercé quelque influence sur la décision prise par la commission du Sénat. Ce qui est certain toutefois, c'est qu'elle ne crut pas devoir s'arrêter à la proposition de M. Batbie : à quoi bon s'inquiéter d'une espèce de société qui ne s'était jamais rencontrée dans la pratique? Mais comme on aurait pu objecter que la question se présenterait peut-être plus tard, que la loi devait la prévoir, la commission résolut d'y couper court par une mesure radicale : c'était de déclarer expressément qu'il ne serait pas permis de fonder de pareilles sociétés. Et en effet, lorsque la discussion s'ouvrit en séance publique sur l'amendement de M. Batbie, le rapporteur, M. Bozérian demanda au Sénat de rejeter cet amendement et d'adopter la disposition suivante : « Les sociétés anonymes ne peuvent diviser leur capital qu'en actions ou coupons d'actions d'une valeur égale. » C'était reproduire le fameux art. 34 du Code de commerce, en lui donnant une forme nettement prohibitive, qu'il n'a pas dans son texte actuel.

Il faut lire au *Journal officiel* [1] l'intéressante discussion qui s'est alors engagée entre M. Batbie et M. Bozérian. Nous n'entreprendrons pas de la rapporter ici. Nous dirons seulement, tout en faisant des réserves à l'égard de certaines opinions de M. Batbie [2], que, sur les points essentiels, son argumentation

[1] Année 1884, Sénat, débats parlementaires, p. 1793 et suiv.

[2] M. Batbie, nous l'avons déjà indiqué, fait de la cessibilité le caractère distinctif de l'action. D'autre part, il regarde l'art. 34, C. comm., comme une disposition obligatoire : son amendement avait à ses yeux la portée

Digitized by Google

nous paraît entièrement convaincante. Il a fait éloquemment ressortir ce qu'il y avait de bizarre et d'illogique dans la proposition de la commission. Pourquoi l'action serait-elle obligatoire dans l'anonymat, tandis qu'elle est facultative dans la commandite? Pourquoi surtout, alors que l'action est, de sa nature, plus dangereuse que le simple intérêt, imposer l'action aux sociétés anonymes, et prohiber l'intérêt? M. Batbie ne s'est pas contenté de mettre en lumière ces deux arguments : il a répondu aussi au reproche qu'on lui avait fait de trop sacrifier à la théorie, et de vouloir faire la loi pour des hypothèses qui ne se présenteraient jamais. Il a supposé que, à la mort d'un grand industriel, ses nombreux héritiers voulussent continuer à exploiter son établissement, sous la direction de l'un d'eux, mais en limitant la responsabilité de chacun au montant de sa part héréditaire; on stipulerait, de plus, que chaque associé ne pourrait céder ses droits à un tiers qu'avec le consentement des autres. Voilà une société anonyme qui ne serait pas par actions, d'après M. Batbie, parce que les parts des associés sont incessibles, en principe, et suivant nous, parce qu'on ne songerait pas à les représenter, en pareil cas, par des titres négociables. Cette combinaison, très raisonnable pratiquement, ne sera pas possible, avec la théorie de la commission.

Ce dernier argument ne pouvait, il est vrai, avoir de valeur aux yeux de M. Bozérian, puisque, d'après lui, pour donner aux parts sociales le caractère d'actions, il suffit à la société de délivrer des titres quelconques, qui les représentent. Mais l'honorable rapporteur devait du moins expliquer les raisons qui avaient porté la commission à rendre l'action obligatoire dans la société anonyme. La seule qu'il ait donnée, c'est la crainte de la fraude. Si une société anonyme se fondait, sans délivrer à ses membres des titres figuratifs de leurs parts, les tiers qui traiteraient avec elle seraient exposés à la prendre pour une société en nom collectif ou en commandite simple : ils compteraient sur la responsabilité personnelle des associés, ou du moins de certains d'entre eux, et seraient plus tard victimes de leur erreur. Tel est

d'une innovation, tandis qu'il n'eût fait, selon nous, que consacrer, en la précisant, une faculté admise par la législation actuelle.

Digitized by Google

le danger qu'on redoute. S'il était réel, le législateur devrait en tenir un grand compte. Mais il est permis d'affirmer, sans s'exposer à être démenti par ceux qui connaissent la pratique des affaires, qu'une pareille crainte est chimérique. Lorsqu'un négociant ou un capitaliste fait une opération avec une société, est-ce qu'il s'inquiète de savoir si les associés ont des titres d'actions, ou n'en ont pas? Ce qui lui importe, c'est de connaître la nature de la société, ceux qui traitent en son nom sont-ils des gérants personnellement responsables, ou de simples administrateurs ? voilà sur quel point il prendra des renseignements. Et comment supposer qu'on parvienne à lui donner le change, alors que l'existence ou l'absence de raison sociale est un indice immanquable, alors que tous les imprimés émanant de la société doivent porter en tête : « Société anonyme » (art. 64 de la loi de 1867 et 74 du projet de loi) ? Si on se laisse tromper dans de pareilles conditions, on est inexcusable. Il ne faut pas demander à la loi de protéger les imprudents ou les sots contre des erreurs aussi grossières.

Quoi qu'il en soit, la thèse de M. Bozérian a triomphé devant le Sénat. Le texte proposé par la commission a été voté, et inséré dans l'art. 108 du projet, à la suite d'une disposition conçue dans un ordre d'idées tout différent [1].

En faisant plus haut la critique de l'interprétation stricte donnée par certains auteurs à l'art. 34 du Code de commerce, nous avons montré par avance les inconvénients qui résulteraient de la nouvelle disposition, si elle prenait définitivement place dans la loi. La combinaison de cet art. 108, 2e alinéa, avec l'art. 3 du projet, relatif au taux des actions [2], donnerait lieu à une grave difficulté. Une société anonyme fondée au capital de 200,000 fr., avec des actions de 100 francs, pourrait-elle augmenter son capital par une nouvelle émission, sans porter ses premières actions

[1] Le 1er alinéa de l'art. 108 est ainsi conçu : « Les sociétés civiles qui divisent leur capital en actions doivent se conformer aux prescriptions de la présente loi, sous les mêmes sanctions civiles ou pénales. »

[2] A cet égard, l'art. 3 du projet ne diffère de l'art. 1er de la loi actuelle, que par une innovation en faveur des sociétés dont le capital n'excède pas 100,000 francs : il leur permet d'avoir des actions de 50 francs, au lieu du chiffre de 100, qui avait été exigé jusqu'à présent.

Digitized by Google

au même taux que les nouvelles, c'est-à-dire à 500 francs? On ne lui conteste pas actuellement cette faculté. Mais elle paraît inconciliable avec l'art. 108, puisque la société aurait alors deux sortes d'actions de valeur inégale. Prononcer une pareille interdiction, n'est-ce pas, si l'on va au fond des choses, mettre cette société dans l'impossibilité d'augmenter son capital? Ainsi une société, qui s'établit à un capital de 200,000 francs ou au-dessous, ne pourrait user du droit de créer ses actions à 100 francs au lieu de 500, qu'à la condition de renoncer, pour l'avenir, à toute émission nouvelle d'actions. Est-il bien raisonnable de la renfermer dans cette dure alternative?

Cette même disposition aurait une conséquence plus fâcheuse encore, à laquelle nos législateurs n'ont peut-être pas assez réfléchi. Nous avons déjà parlé de la clause qui attribue à certaines actions une part privilégiée dans les bénéfices. Cette clause est extrêmement utile. Souvent une société, qui a presque épuisé son premier capital, sans avoir terminé ses travaux d'établissement, et qui ferait difficilement appel à l'emprunt, ne pourra trouver les fonds nécessaires à l'achèvement de l'entreprise, qu'en émettant de nouvelles actions, munies d'un privilège de ce genre. Il peut y avoir là pour elle une question de vie ou de mort. Eh bien, aux termes de l'art. 108, l'opération ne sera plus possible désormais. Périsse l'entreprise, plutôt que le principe de l'égalité des actions! Aussi l'un des maîtres actuels de la science économique, M. Paul Leroy-Beaulieu, examinant, dans un intéressant article, le projet voté par le Sénat, a-t-il fait porter sur ce point l'une de ses critiques les plus vives[1].

On le voit maintenant, ce serait une grosse erreur de croire que le Sénat, en adoptant la proposition de sa commission, s'est contenté de trancher une question purement théorique. Si ce vote devait être définitif, l'expérience de la pratique ne tarderait pas à en montrer les fâcheuses conséquences. Nous espérons que ce danger n'échappera pas à l'attention de la Chambre des députés, lorsqu'elle sera appelée à statuer sur le projet. Si on ne voulait pas aller jusqu'à prévoir la société anonyme sans actions, et à la régir par une disposition analogue à l'amendement de

[1] Voir l'*Economiste français* du 13 décembre 1884, p. 726 et 727.

Digitized by Google

M. Batbie, mieux vaudrait du moins laisser la question dans l'ombre ; elle resterait douteuse, controversée, comme elle l'est aujourd'hui, et les tribunaux, si elle se présentait devant eux, pourraient lui donner la solution libérale que nous avons défendue dans cet article.

Mais pourquoi n'irait-on pas plus loin, et ne proclamerait-on pas la faculté pour une société anonyme de se constituer par intérêts? On pensera peut-être, avec la commission du Sénat, qu'une pareille disposition est inutile, parce qu'elle n'aurait pas d'application pratique. C'est là une affirmation dénuée de preuves : si l'on n'a pas cherché jusqu'ici à établir des sociétés anonymes dans ces conditions, ce n'est peut-être pas faute d'y avoir vu des avantages, mais bien plutôt parce qu'on a craint de se heurter à un obstacle légal. Du jour où la loi déclarera que cet obstacle n'existe pas, qui sait si cette combinaison ne trouvera pas son utilité et son application? C'est le devoir du législateur d'ouvrir aussi large que possible le domaine de la pratique, de laisser aux conventions privées toute la liberté qui est compatible avec la sécurité des personnes et des fortunes. Sous quel prétexte repousserait-on une disposition qui n'offrirait, nous l'avons prouvé, aucun danger, et qui aurait peut-être des avantages?

Il faut le reconnaître pourtant : cette question est si intimement liée au fameux problème de la définition de l'action, qu'on ne peut guère s'occuper de l'une sans avoir d'abord résolu l'autre. L'examen de ce problème est-il une chose si effrayante, qu'elle doive faire reculer nos législateurs? A parler franc, nous ne croyons pas qu'il leur soit permis de s'y soustraire. Il est difficile de concevoir que l'on rédige, sur les sociétés par actions, une des lois les plus longues et les plus compliquées qui existent, un vrai code en plus de cent articles, et que l'on ne se soit pas entendu d'abord sur cette question élémentaire et primordiale : qu'est-ce qu'une société par actions? Que penserait-on d'une loi sur les donations et les testaments, qui n'indiquerait pas ce que c'est qu'une donation et qu'un testament?

L'importance de la question n'a pas échappé aux auteurs du projet; c'est à dessein qu'ils l'ont éludée. M. le rapporteur a déclaré qu'en pareille matière, « toute définition présentait plus

Digitized by Google

d'inconvénients que d'avantages. » Il vaut mieux, a-t-il ajouté, laisser aux tribunaux une entière liberté d'appréciation; si on les enchaînait par un texte, les meneurs d'affaires pourraient imaginer des combinaisons telles que de véritables sociétés par actions, s'écartant un peu des termes du texte, échapperaient aux règles de la loi [1].

On aurait pu répondre à M. Bozérian que, si un pareil fait se produisait, il prouverait simplement que la définition de la loi est mauvaise, et qu'il faut en donner une meilleure. En réalité, c'est bien la crainte de ne pas trouver une bonne définition, qui fait qu'on a renoncé à en chercher une. Toute définition a ses dangers, dit un vieux brocard; mais, en matière législative, l'absence de définition n'est-elle pas plus dangereuse encore? De peur de ne pas tout prévoir, on a préféré garder le silence : et l'on ne s'est pas aperçu ou l'on n'a pas voulu s'apercevoir que ce silence a un inconvénient très grave, celui de laisser dans l'incertitude un des points les plus essentiels, d'abandonner à l'arbitraire des tribunaux, dont les décisions sont si souvent divergentes, la solution d'une question fondamentale. Singulière interversion des rôles : c'est le législateur qui s'efface devant le juge, et qui lui confie le soin de définir ce qui est l'objet même de la loi!

Nous espérons que, lors du vote définitif du projet, on ne s'en tiendra pas à cet aveu d'impuissance. S'il nous est permis, en terminant, d'exprimer un vœu, nous souhaitons à nos législateurs plus de confiance en eux-mêmes et plus de hardiesse.

LÉON LACOUR.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DU DIVORCE

Explication de la loi du 27 juillet 1884 avec formules,

par M. Adrien CARPENTIER, agrégé des Facultés de droit, avocat à la Cour d'appel de Paris [2].

Compte-rendu par M. Georges BARBIER, Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel.

Ce commentaire, extrait du recueil des *Lois Nouvelles* de

[1] *Journal Officiel, loc. cit.*, p. 1797, 2e colonne.

[2] Paris, 1 vol. grand in-8, 10 fr.

Digitized by Google

M. Simonet, nous apparaît comme une œuvre sérieuse et réfléchie, fort digne à nos yeux de recevoir bon accueil dans le monde judiciaire.

L'auteur, dans la première partie de son ouvrage, après avoir retracé à grands traits l'*historique* du divorce, procède à une *analyse* méthodique des travaux préparatoires de la loi du 27 juillet 1884. Sans faire une part trop large à la question du divorce envisagé au point de vue philosophique et social, ces prolégomènes résument cependant d'une façon très complète les arguments qu'adversaires et partisans du divorce mettent en avant au soutien respectif de leur thèse; et l'analyse des travaux préparatoires, fort habilement conduite, en même temps qu'elle donne au lecteur un idée exacte de l'économie générale de la loi, le prépare fort bien à l'intelligence de son *texte analysé*, qui compose la deuxième partie de l'ouvrage.

La troisième partie, de beaucoup la plus considérable et la plus importante, comprend le *commentaire* proprement dit. Si les auteurs de la loi du 27 juillet 1884 ont longuement discuté le principe même du divorce, les causes pour lesquelles on devait l'autoriser, les effets qu'il devait produire, ils n'ont au contraire accordé qu'une fort médiocre attention à la *procédure* à suivre pour l'obtenir, s'en référant purement et simplement, malgré les observations très judicieuses de M. Denormandie, aux anciennes dispositions du Code civil. Dès le lendemain de la promulgation de la loi, on s'est aperçu que cette procédure surannée et singulièrement compliquée du Code civil, remise en vigueur un peu inconsidérément, faisait naître des incidents, des embarras et des difficultés de toutes sortes. Pour rendre de véritables services, un commentaire de la loi du divorce devait donc s'attacher tout spécialement à l'étude et à l'examen des difficultés de procédure. C'est ce que M. Adrien Carpentier, hâtons-nous de le dire, a parfaitement compris. Au nombre des problèmes que peut soulever l'application de la loi nouvelle, il en est peu, croyons-nous, qui aient échappé aux prévisions de l'auteur ; et quand il ne les a pas trouvés résolus par avance, soit dans la jurisprudence française antérieure à 1816, soit dans la jurisprudence belge, c'est aux principes généraux du droit, qu'en interprète intel-

Digitized by Google

ligent et éclairé, il a demandé de lui fournir des solutions rationnelles et juridiques. Enfin, ne perdant pas de vue qu'un ouvrage n'est réellement complet qu'à la condition que la théorie s'éclaire de la pratique dans l'ouvrage lui-même, il a fait suivre son exposé scientifique d'un *formulaire* très détaillé, accompagné de précieuses annotations et répondant à tous les besoins de la pratique.

Disons seulement, pour être tout-à-fait sincère, qu'en ce qui concerne quelques-unes des difficultés examinées par l'auteur, nous aurions voulu qu'il se prononçât d'une façon plus catégorique et nous indiquât bien nettement, avec la raison à l'appui, les solutions qui lui paraissaient préférables, sans craindre de prendre parti avant que la jurisprudence ne se fût elle-même prononcée. Le commentateur d'une loi nouvelle assume le rôle de précurseur et peut, sans que personne ne songe a accuser sa modestie, affirmer hardiment son opinion personnelle, quand, à défaut d'un arrêt, il peut l'appuyer sur une bonne raison. Peut-être d'ailleurs avons-nous tort d'adresser ce semblant de critique à M. Carpentier, quand, dans un avant-propos, il prend le soin de nous avertir lui-même qu'il se propose de combler les lacunes qui peuvent exister dans son travail, en enregistrant périodiquement dans le recueil des *Lois Nouvelles* les décisions de la jurisprudence et en les accompagnant d'observations critiques avec renvoi aux numéros de son ouvrage.

En résumé, il était fort difficile, croyons-nous, de mieux faire ; et l'auteur qui devait à son double titre d'agrégé et d'avocat de donner satisfaction aux doubles exigences des jurisconsultes et des praticiens, n'a failli ni à l'une ni à l'autre de ces tâches.

GEORGES BARBIER.

CONVERSIONS, TRANSFERTS ET MUTATIONS DE VALEURS MOBILIÈRES,

Notes et renseignements sur les opérations contentieuses effectuées par le ministère des agents de change [1],

Par M. G. DUVERT, vice-président de la Société des Études historiques, membre de la Société de législation comparée.

Compte-rendu par M. Ch. LYON-CAEN, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Le développement considérable qu'a pris de nos jours la for-

[1] Paris, 1883, 1 vol. in-8 de 179 pages.

Digitized by Google

tune mobilière donne une importance de premier ordre à toutes les questions de droit concernant les valeurs mobilières. Ces questions, qui méritent l'attention des jurisconsultes, ont un intérêt particulièrement grand pour les agens de change appelés à intervenir dans les négociations, les conversions, les transferts, les remboursements de titres. Elles sont parfois d'autant plus difficiles à bien résoudre que le Code civil n'a donné qu'une place très restreinte aux dispositions relatives aux meubles. Le Code civil a été complété ou modifié par des lois postérieures, surtout par la loi du 27 février 1880 concernant l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à des mineurs et la conversion des titres appartenant à des incapables. Mais ces lois, particulièrement celle-ci, sont d'une rédaction difficile et compliquée. La loi de 1880 a déjà donné lieu à de nombreux procès et on peut la ranger au nombre de nos lois les plus mal rédigées.

M. Duvert a eu l'excellente pensée de réunir en un volume toutes les questions concernant les valeurs mobilières, quant à leur négociation, à leur conversion, à la capacité et aux pouvoirs nécessaires pour les aliéner. L'auteur envisage surtout les questions qu'il traite au point de vue des agents de change; c'est évidemment pour eux et leurs employés que le livre a été composé. Mais M. Duvert connaît si bien son sujet, il donne sur toutes les questions des renseignemens si précis et, en général, si exacts que les jurisconsultes eux-mêmes, magistrats, avocats, professeurs de droit, notaires et tous les hommes d'affaires tireront de son livre le plus grand profit. Nous ne doutons pas qu'une édition nouvelle n'en paraisse dans un assez court laps de temps. L'auteur, en revoyant avec soin son excellent volume, y fera disparaître les quelques taches fort rares qu'on peut y trouver. Nous signalons notamment à M. Duvert les points suivants qui ont échappé à son attention. A la page 32, il dit que « l'incapa- « cité du failli ne cesse que par la réhabilitation. » Il y a là une confusion. Il est vrai que la réhabilitation est indispensable pour faire cesser les incapacités *politiques* que la faillite entraîne avec elle. Mais ce n'est pas des incapacités de cet ordre qu'avait à se préoccuper M. Duvert; il n'avait à parler que de l'espèce d'incapacité qui est, pour le failli, une conséquence du dessaisis-

Digitized by Google

sement. Or l'incapacité du failli se rattachant au dessaisissement cesse avec celui-ci par la clôture de la faillite, qu'il y ait concordat ou liquidation complète de l'actif après union. — De même, à la page 31, l'auteur nous dit que l'interdiction légale résultant de la condamnation à une peine afflictive temporaire n'a pas les mêmes effets que l'interdiction légale résultant d'une condamnation à une peine perpétuelle. Il y a là une erreur évidente; ce qui est vrai, c'est que pour les peines perpétuelles, la loi du 31 mai 1854 a joint aux incapacités provenant de l'interdiction légale certaines incapacités spéciales qui sont des débris de la mort civile. Enfin l'auteur, à propos du régime dotal (page 63), donne une idée incomplète et, par suite, inexacte, des biens qui doivent être considérés comme dotaux; il se borne à dire que ce sont les biens constitués en dot, il oublie que l'art. 1542, C. civ. range aussi parmi les biens dotaux tous ceux qui ont été donnés à la femme par le contrat de mariage, encore qu'ils n'eussent pas été compris expressément dans la constitution de dot.

Ce sont là, comme on le voit, de petites inexactitudes qu'il sera aisé de rectifier dans une édition nouvelle. Quand elles auront été corrigées, le livre de M. Duvert sera sans conteste le meilleur ouvrage à consulter, au point de vue théorique et pratique, sur le difficile sujet qu'il a traité avec une expérience consommée.

CH. LYON-CAEN.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE.

(CONTRATS A TITRE ONÉREUX).
(Année 1883-1884),

Par M. Paul PONT.

COMMUNAUTÉ D'ACQUÊTS. — APPORTS. — PREUVE. — INVENTAIRE. — MARI. — PREUVE PAR TÉMOINS. — C. de cass. ch. civ. 28 août 1884. S. 85, 1, 126.

Nous relevons, dans les recueils de jurisprudence, plusieurs décisions récemment intervenues dans la matière du contrat de mariage, et spécialement à propos de la communauté réduite aux acquêts. Deux articles seulement, dans le Code civil, sont consacrés à cette clause, assurément l'une des plus usitées, sinon la plus usitée, de celles qui dérogent plus ou moins au régime de la communauté légale : ce sont les art. 1498 et 1499.

Le premier de ces articles, l'art. 1498 donne, quant à la condition ou au caractère des biens, l'idée de la situation créée par la stipulation dont il s'agit; on y peut voir quels sont les biens auxquels, d'après le texte lui-même, doit se borner le partage à la fin de la société, c'est-à-dire les biens qui entrent dans la communauté ainsi réduite, et quels sont ceux qui, exclus au contraire de cette communauté, restent la propriété personnelle des époux. — Le caractère des biens n'est pas en question dans les arrêts auxquels nous faisons allusion; nous n'avons donc pas à insister sur ce point.

L'art. 1499, auquel ces arrêts se rapportent, a trait à la question qui se pose nécessairement à la dissolution de la société conjugale.

Il faut alors dégager la masse partageable, et par conséquent il s'agit pour les époux de reprendre ou de prélever les biens qui, étant restés leur propriété personnelle, ne doivent pas être compris dans cette masse. Or à ce moment, c'est la communauté qui possède par le mari entre les mains de qui tout se trouve confondu. La communauté possède; par cela même, elle est réputée propriétaire. Il faut donc que l'époux qui réclame tel ou tel bien, meuble ou immeuble, comme lui étant resté propre,

Digitized by Google

fasse tomber cette présomption, c'est-à-dire qu'il prouve sa propriété.

Mais comment la preuve doit-elle ou peut-elle être faite ?

A cela précisément répond l'art. 1499. Sans s'occuper des immeubles qui, par ce fait, restent sous le coup de la règle générale posée par l'art. 1402 au chapitre de la communauté légale, l'art. 1499 pose la même règle en ce qui concerne les meubles spécialement, avec cela de particulier qu'il ne se borne pas à exiger de l'époux qui réclame des effets mobiliers comme propres qu'il prouve sa propriété ; il indique de plus une forme, un moyen suivant lequel la preuve semble devoir être faite. C'est ce que le texte précise en ces termes : « Si le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis, n'a pas été constaté *par inventaire ou état en bonne forme*, il est réputé acquêt. »

Toutefois, est-ce à dire que la règle ainsi posée soit absolue, et qu'en aucune circonstance, il ne puisse être suppléé par d'autres preuves au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme ?

L'affirmative a ses défenseurs résolus, d'après lesquels il serait rigoureusement nécessaire, dès qu'on est en présence d'une stipulation de communauté réduite aux acquêts, de prendre, dans l'art. 1499 et nulle part ailleurs, la règle à suivre ou la raison de décider. Néanmoins la thèse n'a été acceptée dans ces termes absolus ni en doctrine ni en jurisprudence. Il est assez généralement admis que l'art. 1499 pêche par sa trop grande généralité, ou, selon l'expression de M. Colmet de Santerre (t. VI, p. 343, n° 162 *bis*, IV) « que dans cet article, la loi a dit plus qu'elle ne voulait dire en embrassant trop de cas ». Et par suite on tient qu'il est à propos, sinon de corriger le texte comme on l'a dit parfois, au moins d'en compléter la disposition au moyen de distinctions nécessaires et, d'ailleurs, établies par la loi elle-même pour des situations analogues (identiques, pourrait-on dire) à celle qui est créée par la communauté d'acquêts.

L'arrêt ci-dessus indiqué du 20 août 1884, rentre dans cet ordre d'idées.

La difficulté, dans l'espèce, s'élevait dans les rapports des époux entre eux et à propos du mobilier existant lors du mariage. Le mari ou son ayant-droit avait demandé, et avait été admis en

Digitized by Google

première instance, *à prouver par témoins* la consistance du mobilier qu'il prétendait lui avoir appartenu avant le mariage et que par ce motif il revendiquait comme propre. Mais sur l'appel, la Cour de Pau avait décidé, par arrêt infirmatif du 28 décembre 1881, que faute d'avoir été inventoriés, les effets mobiliers, objet de la réclamation, appartenaient à la communauté. C'était l'application littérale de l'art. 1499.

L'arrêt a été déféré à la Cour de cassation, et il était attaqué pour violation par fausse application de cet article et de l'art. 1504, en ce que la Cour de Pau avait rejeté l'offre faite par le demandeur de prouver par témoins qu'il était propriétaire, et ce, par le motif que le mobilier existant lors du mariage doit, à défaut d'inventaire, être tenu pour acquêt de la communauté au regard du mari ou de son ayant-droit.

Le pourvoi a été rejeté. Mais ce n'est pas à dire qu'en le rejetant, la Cour de cassation ait entendu consacrer en droit la thèse absolue de l'arrêt attaqué. Elle a reconnu, au contraire, et très nettement exprimé, dans les motifs de son arrêt, que l'art. 1499, qui réputc acquêt tout meuble non porté dans un inventaire ou état en bonne forme, ne reçoit une application littérale et rigoureuse qu'à l'égard des créanciers, mais qu'entre les époux cette présomption n'est pas une présomption *juris et de jure*, et par suite qu'il peut être suppléé au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme du mobilier par d'autres preuves dont l'appréciation appartient aux tribunaux.

Seulement, la Cour de cassation n'est pas allée jusqu'au bout dans les conséquences à déduire de la règle posée. Elle a déclaré que l'admission des preuves par lesquelles il peut être suppléé, entre époux, au défaut d'inventaire, *n'en est pas moins soumise au droit commun sans autre exception que celle qui résulte de l'art. 1504*. Et si elle a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour de Paris, c'est « parce qu'en fait le représentant « du mari ne rapportait aucun titre et ne justifiait pas qu'il fût « dans aucun cas d'exception spécifié par la loi. » La Cour a cru devoir induire de là « qu'en annulant le jugement de première « instance dans la disposition qui ordonnait la preuve par témoins « de la consistance du mobilier ayant appartenu au mari, l'arrêt

Digitized by Google

« attaqué, loin de violer les art. 1499 et 1504 du Code civil, en « avait fait au contraire une juste application. »

Ainsi, il y a dans l'arrêt deux parties distinctes : l'une dans laquelle la Cour reconnaît d'une manière générale l'admissibilité des preuves supplétoires; l'autre, dans laquelle, statuant sur la question même du procès, elle excepte cependant la preuve par témoins.

Dans la première partie, la Cour de cassation constate que les moyens par lesquels peut être faite la preuve de la consistance du mobilier qu'un époux prètend avoir possédé lors du mariage, varient suivant qu'il s'agit des relations des époux entre eux ou de leurs relations avec leurs créanciers; et spécialement, que sinon dans les rapports des époux avec les créanciers, au moins dans leurs rapports entre eux, il peut être suppléé par d'autres preuves à celle qu'indique l'art. 1499 pour faire tomber la présomption d'acquêt qui, à la dissolution de la société conjugale, s'étend à toût ce que possède la communauté.

La Cour de cassation, en ce point, rappelle tout simplement en l'affirmant une fois de plus, une jurisprudence établie déjà par nombre d'arrêts (C. cass., 30 juillet 1872, 16 janvier et 14 mars 1877, 14 mai 1879), et qui n'a plus à être défendue. Comment, d'ailleurs, et sur quel point, pourrait-on justement contester la différence établie, relativement à la preuve et à ses exigences, entre les deux cas distinctement visés?

D'une part, dans les rapports des époux avec les créanciers, il ne peut être suppléé par aucun moyen au défaut d'inventaire ou d'état authentique : c'est la première affirmation. Elle est incontestable, en présence de l'art. 1510 dont le § 2 dispose que « si le mobilier apporté par les époux *n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique antérieur au mariage*, les créanciers de l'un et de l'autre des époux peuvent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées, poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié comme sur tous les autres biens de la communauté. » La disposition est édictée, il est vrai, dans la section relative à la clause de séparation des dettes. Mais la séparation des dettes résulte virtuellement d'une clause de communauté réduite aux acquêts, et, disent justement

Digitized by Google

MM. Aubry et Rau (4e édit., t. V, p. 457, note 29), il y a lieu de se référer à l'art. 1510 aussi bien pour ce cas que pour l'hypothèse où la séparation a été formellement stipulée.

D'une autre part, les époux dans leurs rapports entre eux, peuvent au contraire, relativement au mobilier existant avant leur mariage, prouver la consistance de ce mobilier par d'autres preuves qu'un inventaire ou un état en bonne forme : c'est la seconde affirmation. Celle-ci, à la vérité, est contestée; on oppose le texte de l'art. 1499. Cet article, dit-on, est limitatif. C'est à l'époux qui prétend prélever ou reprendre ses apports et les retirer ainsi de la masse dans laquelle ils sont confondus, de justifier de sa propriété. Comment doit-il faire la justification? Par inventaire ou état en bonne forme, dit l'art. 1499. Aucune autre preuve ne saurait donc être admise. Et cela se comprend : l'époux, la femme aussi bien que le mari, qui avant le mariage pouvait se procurer la preuve écrite de son apport, est en faute de ne l'avoir pas fait dans les conditions et dans les termes fixés par la loi : c'est une négligence dont il doit porter la peine.

Sans doute, quand il s'agit du mobilier présent, c'est-à-dire de celui qui est apporté lors du mariage, les époux, soit le mari, soit la femme (libres à ce moment l'un et l'autre d'agir par eux-mêmes ou par ceux qui les assistent), sont en faute s'ils omettent d'assurer leurs droits en faisant inventorier leurs apports; ils auront à porter la peine d'une négligence par suite de laquelle ils arriveront plus difficilement et peut-être n'arriveront pas à détruire la présomption d'acquêt. Mais est-ce à dire que ne pouvant détruire cette présomption au moyen d'un inventaire, ils ne pourront la faire tomber par aucun autre moyen? En d'autres termes, est-ce à dire que l'art. 1499 ait le caractère limitatif qu'on lui suppose? Il est permis d'en douter quand on le rapproche de l'art. 1498 dont la disposition finale, en limitant aux acquêts la masse partagable, donne expressément à chaque époux le droit de prélever ses apports *dûment justifiés*, expressions, qui, par leur généralité, embrassent tous les modes de preuve. C'est ce que la Cour de cassation a clairement expliqué dans un arrêt déjà ancien (Req. 17 août 1825, S. 26. 1. 1.; *J. Pal.*, t. XIX, p. 808), mais dont la pensée et l'expression même sont reprises

Digitized by Google

et reproduites dans un arrêt récent (Req. 14 mars 1877, S. 78. 1. 5; *J. Pal.*, 1878, p. 5). « Attendu, en droit, a-t-elle dit, que « s'il est vrai que l'art. 1499, C. civ., répute acquêt tout le « mobilier existant lors du mariage ou échu depuis, qui n'a pas « été constaté par inventaire ou état en bonne forme, cet article « n'exclut pas les autres modes de preuve de la propriété privée « des apports, *aux termes de l'art. 1498 qui admet pour « chacun des époux le prélèvement des apports dûment justifiés.* »

C'est là préciser la portée véritable de l'art. 1499. C'est, en effet, dire que la loi, dans cet article, procède par indication simplement énonciative et nullement restrictive; il en résulte qu'en général la consistance du mobilier réclamé comme propre par les époux s'établira à l'aide d'un inventaire ou d'un état en bonne forme ; il n'en résulte pas qu'en dehors de ce moyen, les époux ne pourront par aucun autre faire tomber la présomption d'acquêt. La Cour de cassation a donc, à notre avis, traduit exactement la pensée de la loi lorsque, dans la première partie de l'arrêt du 20 août 1884, elle a dit que « par l'art. 1499, la loi n'a pas entendu établir une présomption *juris et de jure*, ni interdire, entre époux, de suppléer au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme du mobilier par d'autres preuves dont l'appréciation appartient aux tribunaux. »

Nous ne croyons pas que dans sa dernière partie la décision de l'arrêt soit également exacte.

La Cour statuant sur la question même qui se posait dans l'espèce, décide que la preuve testimoniale n'est pas comprise dans ces autres preuves au moyen desquelles les époux, entre eux, peuvent suppléer au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme du mobilier. Elle le décide ainsi : en droit « parce que l'admission de ces autres preuves est soumise au droit commun sans autre exception que celle qui résulte de l'art. 1504 ; » en fait, « parce que le demandeur en cassation ne rapportait aucun titre et ne justifiait pas qu'il fût dans aucun cas d'exception spécifiée par la loi. »

Mais il convient d'abord, pour placer la question sur son vrai terrain, d'écarter l'art. 1504 du débat. Ce n'est pas que cet article doive être exclusivement réservé pour les clauses de réalisation à

Digitized by Google

propos desquelles il est édicté; nous verrons bientôt, à l'occasion d'un autre arrêt de la Cour de cassation, que les dispositions en sont applicables aussi dans le cas de communauté réduite aux acquêts. Mais c'est que l'article a un objet spécial et déterminé. Il traite de la constatation du mobilier *qui échoit aux époux pendant le mariage*, et c'est en faveur de *la femme seulement ou de ses héritiers* que, relativement au mobilier qui lui est échu, elle autorise la preuve par témoins, à défaut d'inventaire, de la valeur de ce mobilier. Or, dans l'espèce, ce sont les apports, c'est-à-dire les biens *possédés lors du mariage* et nullement le mobilier échu depuis qui sont l'objet de la réclamation, et cette réclamation était faite, non par la femme ou ses héritiers, mais bien par le mari ou en son nom.

Il faut donc, dans l'espèce, faire complètement abstraction de l'art. 1504 du Code civil, à moins de supposer, ce qui du reste est enseigné par quelques auteurs, que même relativement au mobilier possédé par les époux avant le mariage, il y a lieu de donner à la femme et au contraire de refuser au mari la faculté de suppléer même par la preuve testimoniale au défaut d'inventaire de ce mobilier. Mais, bien qu'en refusant au mari le moyen de la preuve par témoins, il retienne l'art. 1504 et s'y réfère dans ses motifs, l'arrêt de la Cour de cassation ne consacre pas, en termes explicites au moins, cette distinction qui est d'ailleurs absolument inadmissible. Avant le mariage, les futurs époux sont exactement dans le même état d'indépendance. Libres d'agir, et l'un et l'autre également en position de veiller et de pourvoir à la conservation de leurs droits, ils peuvent faire procéder, en la forme indiquée par la loi, à la constatation régulière de leurs apports respectifs; l'un n'est ni plus ni moins excusable que l'autre s'il omet de prendre ce soin. Par cela même il est rationnel et juste de les tenir sur la même ligne et de les traiter de la même façon, lorsque procédant entre eux à la liquidation de la communauté après sa dissolution, ils y viennent, eux ou leurs héritiers, justifier leurs apports pour en effectuer la reprise ou le prélèvement; il n'y a aucune raison pour faire entre eux une distinction quelconque, en ce qui concerne les moyens à l'aide desquels ils peuvent faire la justifica-

Digitized by Google

tion : ces moyens doivent nécessairement être les mêmes pour l'un et pour l'autre.

Cela étant, la question est tout simplement de savoir, si, étant donné que relativement au mobilier existant avant le mariage, les époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts peuvent suppléer par d'autres preuves au défaut d'inventaire, la preuve testimoniale est, pour l'un aussi bien que pour l'autre, comprise dans ces autres preuves, ou si elle en doit être exclue.

La Cour de cassation décide qu'elle en est exclue, et cela parce qu'en droit, l'admission des preuves par lesquelles on peut suppléer au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme *est soumise au droit commun*, et qu'en fait le demandeur *ne rapportait aucun titre*. Ainsi la Cour se réfère aux principes sur la preuve des obligations et particulièrement à la règle d'après laquelle la preuve testimoniale ne peut et ne doit pas être admise dans les cas où la rédaction d'un acte est exigée (C. civ., art. 1341). Mais était-ce bien ici le cas de faire appel à cette règle prohibitive ? Quand un époux revendique des effets mobiliers qu'il prétend lui avoir appartenu avant le mariage, que doit-il et que veut-il prouver en général ? Et en particulier dans l'espèce de notre arrêt quel est le fait dont le mari ou son ayant-droit demandait à faire la preuve ? Il prétendait que « lors du mariage, la femme était venue habiter dans la maison occupée déjà par son mari, et que cette maison était meublée alors comme elle l'était à la dissolution de la communauté par la mort de la femme. » Or ce n'est pas là un fait juridique, un de ces faits qui pouvant créer, éteindre ou modifier des droits, sont sous le coup de la prohibition. C'est un fait pur et simple, un fait matériel de possession qui, celui-là, peut être prouvé par témoins.

Aussi, sous l'empire de l'Ordonnance de 1667, dont les règles étaient précisément celles que le Code civil a recueillies et organisées, Pothier n'hésitait pas sur notre question. Il admettait d'abord que même fait pendant le mariage pour constater la quantité de mobilier possédé antérieurement par chacun des époux, un état signé des parties pouvait servir de titre (*Commun.*, n° 298). Et arrivant ensuite à notre espèce, il ajoutait : « *Lorsqu'il n'y a aucun acte* par lequel on puisse justifier la qualité du mobilier

Digitized by Google

que les conjoints ou l'un des conjoints avaient lors du mariage, *on en admet la preuve par la commune renommée :* on laisse à la discrétion du juge à fixer, sur les enquêtes faites de la commune renommée, la quantité de ce mobilier. Le juge, pour la fixation de ce mobilier, doit être plus indulgent envers la femme ou ses héritiers qu'envers le mari ; l'empire qu'a le mari sur la femme pouvant souvent ne lui avoir pas laissé le pouvoir de constater pendant le mariage, par quelque acte, le mobilier qu'elle avait lors de son mariage. » (*Commun.*, n° 300).

C'est la solution que nous avons admise dans le *Traité du Contrat de mariage* (2e édit., t. II, n° 1273). Et nous persistons à penser qu'elle se déduit de la thèse posée par la jurisprudence. Dès qu'on admet qu'entre époux il peut être suppléé au défaut d'inventaire par *d'autres preuves* dont l'appréciation appartient aux tribunaux, il n'y a pas de motif pour exclure de ces autres preuves celle que les époux prétendraient faire par témoins.

Jusqu'à l'arrêt du 20 août 1884 la Cour de cassation ne s'était pas prononcée expressément dans le sens de cette exclusion. Cet arrêt est, en effet, le premier qui, statuant directement sur la question même, décide explicitement que si l'art. 1499 n'est pas limitatif ou exclusif de toute preuve autre que celle qu'il détermine, il ne s'ensuit pas cependant que les époux puissent justifier même par témoins de leurs apports mobiliers et faire tomber ainsi à l'aide de la preuve testimoniale la présomption d'acquêt qui, d'après cet article, résulte du défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme du mobilier existant lors du mariage.

L'arrêt émane de la Chambre civile. Et nous ne pouvons nous défendre de penser que si l'admission du pourvoi a été obtenue à la Chambre des requêtes, c'est peut-être que les choses y apparaissaient sous un jour différent. C'est qu'en effet elle a rendu à diverses reprises des arrêts de rejet qui, s'ils ne reproduisent pas exactement et *in terminis* la doctrine de Pothier, prêtent au moins à cette doctrine un très sérieux appui. Rappelons à ce propos l'arrêt déjà cité du 17 août 1825, dans lequel la Cour explique en droit comment et pourquoi l'art. 1499, bien qu'il répute acquêt le mobilier non constaté par inventaire, ne doit pas cependant être pris comme excluant *les autres modes de preuve*

Digitized by Google

de la propriété privée des apports; et constatons que cet arrêt lui-même, faisant ensuite au fait l'application de son principe, admet comme preuve de cette propriété privée *la déclaration faite par un tiers* devant le juge de paix qu'une créance revendiquée par l'un des époux a été constituée à son profit antérieurement au mariage et, sur la preuve ainsi faite, déclare que, quoique non comprise dans l'inventaire, cette créance est un propre de l'époux réclamant et non un acquêt. Citons enfin les décisions nombreuses qui se rattachant à la thèse de cet arrêt, et parfois en reproduisant les termes, proclament toutes le pouvoir pour les tribunaux d'apprécier sans limitation aucune les preuves supplétoires qui, à défaut d'inventaire ou d'état en forme, peuvent être fournies par les époux pour justifier les demandes en prélèvement de leurs apports mobiliers (V. notamment Req., 3 août 1831, S. 32, 1, 219; 24 avril 1849, S. 49, 1, 309; 30 juillet 1872, S. 72, 1, 326; 14 mars 1877, S. 78, 1, 5).

Certes, sur ces données de la jurisprudences on pouvait penser qu'il était dans le sentiment de la Cour que, relativement au mobilier existant lors du mariage sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, les époux, soit le mari, soit la femme, sont admis, étant donné que la disposition de l'art. 1499 est purement énonciative, à suppléer au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme, et à justifier de leurs apports mobiliers par tous les modes de preuve, sans exception.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt du 20 août 1884 est contraire; sans contester en droit et en affirmant expressément au contraire le caractère énonciatif de l'art. 1499, il en induit qu'au moins la preuve testimoniale doit être exceptée. On peut nier, ce nous semble, que l'exception soit une conséquence directe ou même juste du principe.

COMMUNAUTÉ D'ACQUÊTS. — SUCCESSION MOBILIÈRE. — BIENS FUTURS. — PREUVE. — FEMME. — REPRISES. — C. de cass. ch. req. 20 juin 1882. Dall., 84. 1. 230; S. 85. 1. 107.

La difficulté s'élevait encore ici dans les rapports des époux entre eux. Ils étaient mariés sous le régime dotal, mais avec stipulation d'une société d'acquêts dont les effets devaient être

Digitized by Google

réglés conformément aux art. 1498 et 1499 du Code civil. La demande en reprise était faite par la femme; et elle avait pour objet, non plus le mobilier présent, c'est-à-dire existant lors du mariage, mais des biens mobiliers revendiqués par elle, comme lui étant advenus à titre lucratif durant le mariage. La question alors pouvait être de savoir si l'art. 1504, à écarter du débat dans la précédente affaire, ne devait pas, au contraire, y être ramené dans celle-ci. Toutefois le point n'a été ni discuté ni résolu. La Cour de cassation, s'attachant sur les indications du pourvoi à un autre point d'ailleurs peu douteux, a simplement décidé que l'art. 1504 qui dérogeant au droit commun en faveur de la femme lui permet, à défaut d'inventaire, de faire preuve par tous les moyens de la valeur du mobilier à elle advenu à titre lucratif pendant le mariage, ne déroge pas au droit commun en faveur du mari contre la femme dans le cas où un inventaire a été dressé, et ne supprime pas, à l'égard de celle-ci, la faculté d'invoquer les règles ordinaires du Code civil en matière de preuve; et en conséquence que s'il existe un commencement de preuve par écrit, la femme peut, par tous moyens légaux, établir la consistance réelle du mobilier contre et outre le contenu à l'inventaire.

Mais de savoir si, relativement au mobilier futur, l'art. 1504, édicté spécialement pour les clauses de réalisation, est applicable au cas de communauté réduite aux acquêts, nul ne semble s'être préoccupé.

C'est pourtant là un point de controverse. Les partisans du système absolu ci-dessus indiqué, n'admettent, au point de vue de la preuve à faire pour justifier les reprises ou les prélèvements, aucune distinction entre le mobilier présent et le mobilier futur. Celui-ci, dit notamment M. Laurent (t. XXIII, nos 181 et suiv.) ne se constate pas d'une autre manière que celui-là. L'art. 1499 les met l'un et l'autre sur la même ligne : « Si le mobilier *existant lors du mariage ou échu depuis* n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt. » Ainsi loin de distinguer entre le mobilier présent et le mobilier futur, la loi repousse formellement la distinction. Vainement oppose-t-on l'art. 1504. La règle posée dans cet article est établie pour

Digitized by Google

la clause de réalisation ; on ne saurait l'appliquer à la communauté d'acquêts. Les deux clauses sont analogues sans doute. Mais qu'importe ? C'est dans le silence de la loi seulement qu'il est permis de raisonner par analogie. Quand la loi a parlé, il ne saurait y avoir lieu à l'application analogique. Or, l'art. 1499 tranche la difficulté. Si le mobilier futur des époux n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est acquêt, sans distinguer entre le mari et la femme, sans qu'il y ait lieu d'admettre celle-ci à la preuve par témoins ou commune renommée. Au contraire, l'art. 1504 ne répute acquêt le mobilier futur non inventorié que lorsqu'il s'agit du mobilier échu au mari, tandis que le mobilier échu à la femme peut être constaté par témoins ou par commune renommée. Ainsi, il y a décision différente ; on ne peut que s'y tenir.

Mais, il faut le dire et M. Laurent le reconnaît lui-même, c'est là une opinion à peu près isolée ; et on ne saurait s'en étonner. Rappelons ce qui est dit plus haut touchant le caractère et la portée de l'art. 1499, et constatons en outre que lorsqu'il s'agit du mobilier échu pendant le mariage, le défaut d'inventaire ne peut en aucun cas être imputé à la femme. Le mari seul est en faute soit qu'il s'agisse d'une succession à lui échue ou d'une succession échue à la femme. C'est lui qui, dans l'un et l'autre cas, doit, selon la disposition formelle de l'art. 1414, « faire procéder à l'inventaire, soit de son chef, si la succession le concerne personnellement, soit comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme, s'il s'agit d'une succession à elle échue. » Il n'est donc pas admissible, quand la femme revendique contre le mari, des biens mobiliers qu'elle prétend avoir recueillis dans une succession ouverte pendant le mariage, que celui-ci, excipant de sa propre faute, puisse lui opposer qu'il n'a pas été fait d'inventaire et qu'à défaut d'inventaire elle ne peut par aucun autre moyen établir son droit aux choses par elle revendiquées. Il est évident qu'en un tel cas, la preuve à faire par la femme agissant contre son mari, ne saurait être rigoureusement limitée dans les termes de cet art. 1499, qui, dans son énonciation générale, ne saurait vraiment être pris comme réglant la question de la preuve dans les divers cas qui peuvent se présenter. La loi devait nécessai-

Digitized by Google

rement lui venir en aide dans celui-ci. C'est précisément ce que fait l'art. 1415 qui, pour l'hypothèse qu'il prévoit, admet la femme, à défaut d'inventaire, à faire sa preuve « tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et au besoin par la commune renommée ». Or, l'art. 1504 n'est pas autre chose, en réalité, qu'une application du principe au cas d'exclusion du mobilier résultant d'une clause spéciale. On ne voit pas le motif pour lequel il ne serait pas appliqué dans le cas d'exclusion produite par la stipulation d'une communauté réduite aux acquêts.

Du reste ici, comme lorsqu'il s'agit de la reprise des apports, il faut réserver le droit des créanciers (*suprà*, p. 484). Vis-à-vis d'eux, la femme ne saurait avoir les mêmes facultés. Il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1510 dans sa disposition finale (§ 3) d'après laquelle, si le mobilier échu aux époux pendant la communauté n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique, les créanciers peuvent poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié.

La Cour de Dijon a jugé par un arrêt du 4 février 1884 (D. 84. 2. 169; S. 85. 2. 25) que si la femme vis-à-vis des créanciers perd, à défaut d'inventaire, le droit de revendiquer en nature les effets mobiliers, elle conserve néanmoins *son droit de créance* et peut, même vis-à-vis des créanciers, en établir l'existence par les preuves du droit commun. C'est là toutefois une question délicate; nous la réservons pour un prochain examen. PAUL PONT.

NOTICE SUR LE CODE DE PROCÉDURE CIVILE

POUR L'EMPIRE D'ALLEMAGNE,

Par M. E. LEDERLIN, doyen de la Faculté de droit de Nancy.

I.

HISTORIQUE DE LA CONFECTION DU CODE.

Le Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne (*Civilprozessordnung für das deutsche Reich*), sanctionné et promulgué le 30 janvier 1877, est entré en vigueur dans tout le territoire de l'Empire d'Allemagne, le 1er octobre 1879. Sa promulgation et sa mise en vigueur ont été concomitantes à celles de trois autres lois, que l'on est convenu de réunir avec lui sous la déno-

Digitized by Google

mination commune de nouvelles lois judiciaires de l'Empire d'Allemagne, *die neuen Justizgesetze für das deutsche Reich*. Cet ensemble de législation comprend : 1° la loi sur l'organisation judiciaire, *Gerichtsverfassungsgesetz*, du 27 janvier 1877 ; — 2° le Code de procédure civile, *Civilprozessordnung*, du 30 janvier 1877 ; — 3° le Code d'instruction criminelle, *Strafprozessordnung*, du 1er février 1877 ; — 4° la loi sur les faillites, *Konkursordnung*, du 10 février 1877.

Pendant fort longtemps, en Allemagne, les règles et les formes de la procédure avaient été déterminées par l'usage et la tradition, plutôt que par la loi ; la doctrine et la pratique les comprenaient sous l'expression de *gemeiner deutscher Civilprozess*, (procédure civile allemande commune): il n'y avait toutefois qu'un petit nombre de principes fondamentaux qui fussent généralement observés ; mais chaque Etat, chaque province, chaque tribunal même, avait pour les formes de procéder, ses règles et ses pratiques particulières. La Bavière avait eu pourtant, dès 1750, un Code judiciaire, (*Codex juris bavarici judiciarii*), qui fut modifié par des lois de 1818 et de 1837; elle fut régie plus tard par un Code de procédure, voté en 1869, sous le titre de *Bayerische Civilprozessordnung*.

En Prusse, une loi publiée en 1795, sous le titre d'*Allgemeine Gerichtsordnung*, détermina pour tous les États du Royaume les formes de la procédure ; des modifications plus ou moins importantes y furent apportées en 1833, en 1846, en 1859 et en 1867.

D'autres États, la Saxe, le Wurtemberg, Bade, etc., eurent aussi des lois de procédure qui datent, en général, de la seconde moitié du dix-neuvième siècle. Entre ces lois, la plus importante par les principes qu'elle consacrait et par l'influence qu'elle a exercée sur la rédaction du Code général de 1877, fut le Code hanovrien, voté en 1850, mis en vigueur en 1852.

Enfin le Code de procédure civile français, de 1806, avait conservé son autorité dans les provinces rhénanes de la Prusse, de la Hesse et de la Bavière.

La codification accomplie dans plusieurs États ne fit cependant renoncer ni les jurisconsultes ni les praticiens au désir d'obtenir une législation uniforme pour toute l'Allemagne. Le premier

Digitized by Google

congrès des jurisconsultes allemands, réuni en 1860, témoigna de son vif intérêt pour la question. L'année suivante, le ministre de la justice de Prusse chargeait un éminent magistrat d'élaborer une loi de procédure civile qui pût être appliquée à toutes les provinces de la Monarchie et, autant que possible, servir de base à une législation générale pour toute l'Allemagne. En 1862, dix autres États constituaient à Hanovre une commission pour rédiger le projet d'un Code de procédure civile pour tous les États de la Confédération germanique. Les deux projets furent publiés l'un en 1864, l'autre en 1866.

Bientôt après, les événements politiques vinrent donner une nouvelle impulsion aux efforts entrepris en vue d'obtenir l'unité législative. La mission de faire des lois générales sur la procédure judiciaire pour tout le territoire fut, en effet, attribuée par la constitution du 16 avril 1867 à la Confédération de l'Allemagne du Nord, et plus tard transportée à l'Empire par la constitution de 1871. Une commission instituée à la suite d'un vote du Parlement de l'Allemagne du Nord, de 1868, déposa deux ans après un projet de Code de procédure civile; un autre projet, élaboré par le ministre de la justice de Prusse, fut publié en 1871. Ces deux projets servirent de base aux études et aux travaux d'une commission de dix jurisconsultes instituée par le Conseil fédéral, le 8 mai 1871, sous la présidence de M. le Dr Léonhardt, ministre de la justice de Prusse. Le projet élaboré par elle et déposé en 1872, devint de la part du Parlement, l'objet de plusieurs modifications assez importantes, et aboutit en définitive au vote de la loi du 30 janvier 1877.

II

APERÇU GÉNÉRAL SUR LE CODE DE PROCÉDURE CIVILE DE L'EMPIRE D'ALLEMAGNE.

Le Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne donne, en dix livres et en 872 articles, l'ensemble des règles à suivre pour le jugement des contestations en matière civile soumises aux tribunaux ordinaires. Le livre premier (§§ 1 à 229) contient des dispositions générales sur les tribunaux, les parties, et la procédure. Le livre II (§§ 230 à 471) règle la procédure en première

Digitized by Google

instance, soit devant les tribunaux régionaux, soit devant les tribunaux de bailliage. Le livre III (§§ 472 à 540) est consacré aux voies de recours. Le livre IV (§§ 541 à 554) s'occupe de la reprise de la procédure, à la suite des actions en nullité ou en restitution. Les formes spéciales de procéder sur les demandes fondées sur titres ou sur lettres de change, et dans les affaires de mariage ou d'interdiction, font l'objet des titres V et VI (§§ 555 à 567, et 568 à 627). Sous le nom de procédure par voie de sommation (*Mahnverfahren*), le livre VII (§§ 628 à 643) organise une procédure spéciale, qui tient en quelque sorte le milieu entre les instances aux fins de condamnation et les poursuites d'exécution forcée. Les règles générales de l'exécution forcée, et les formes dans lesquelles il y est procédé font l'objet du livre VIII (§§ 644 à 822). Enfin les livres IX et X (§§ 823 à 850 et §§ 851 à 872), sont consacrés respectivement aux procédures provocatoires (*Aufgebotsverfahren*), et aux arbitrages (*Schiedsrichterliches Verfahren*).

LIVRE PREMIER, — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SECTION PREMIÈRE. — *Des Tribunaux.*

La composition des tribunaux, leur compétence *ratione materiæ*, les conditions d'aptitude de leur membres, la tenue et la police de leurs audiences, sont réglées par la loi d'organisation judiciaire. Le Code de procédure civile ne devait donc contenir, à l'égard des tribunaux, que des dispositions complémentaires en quelque sorte. Il charge le tribunal saisi de la contestation de déterminer, d'après sa libre appréciation, la valeur de l'objet du litige, dans les cas où la compétence *ratione materiæ* y est subordonnée; il indique les règles à suivre dans cette appréciation. La compétence *ratione personæ* ou *ratione loci* est également déterminée par le Code. En principe, sauf les cas où loi a attribué compétence exclusive à un autre tribunal, le défendeur peut être appelé, pour toutes les contestations à élever contre lui, devant le tribunal de son domicile (*actor sequitur forum rei*). En matière immobilière, la connaissance des actions relatives à la propriété, aux servitudes et aux charges réelles, ainsi que des actions en bornage ou en partage, et des actions possessoires, appartient

Digitized by Google

exclusivement au tribunal de la situation de l'immeuble litigieux (*forum rei sitæ*). Des circonstances particulières prévues au Code, telles que l'ouverture d'une succession, l'élection de domicile expresse ou tacite pour l'exécution d'une convention, etc., permettent de saisir, au choix du demandeur, d'autres tribunaux que celui du domicile, dont ils n'excluent pas toutefois la compétence générale (§§ 12 à 35).

Lorsqu'il y a lieu à règlement de juges, il y est statué par le tribunal immédiatement supérieur dans l'ordre des juridictions ; l'affaire est soumise au Tribunal de l'Empire, lorsque les tribunaux entre lesquels il y a lieu de prononcer appartiennent à des États différents et ne ressortissent pas à un même tribunal régional supérieur. La décision est rendue sans plaidoirie ; elle n'est susceptible d'aucun recours. (Code de procéd. civ., §§ 36, 37 ; loi sur la mis en vigueur du Code, § 9).

Il est loisible aux parties de soumettre, par un accord exprès ou tacite, leur différend à un tribunal de première instance autre que celui auquel la loi a attribué compétence ; l'accord des parties ne peut intervenir que sur un objet déterminé, et sur les contestations y relatives ; la prorogation de compétence n'est admise aussi que pour des réclamations purement précuniaires, et que la loi n'ait pas soumises à la juridiction exclusive du tribunal qu'elle a désigné ; elle n'est possible d'ailleurs qu'à l'égard des tribunaux de première instance (§§ 38-40).

Plusieurs circonstances définies par le Code constituent pour le magistrat un obstacle légal à l'exercice de ses fonctions et l'obligent par conséquent à se récuser. La récusation peut aussi être proposée par les parties ou par l'une d'elles, lorsqu'elles ont juste sujet de douter de l'impartialité du juge (§§ 41-49).

SECTION II. — *Des parties.*

A propos des parties, le législateur avait tout d'abord à s'occuper de leur capacité d'ester en justice (*Proscessfæhigkeit*) : Le règlement en est, en principe, abandonné au droit civil de chaque État ; le Code de procédure a posé toutefois quelques règles générales à ce sujet. Il reconnaît à toute personne la capaciter d'ester en justice dans la mesure où elle est capable de contracter, et n'admet pas que cette capacité soit restreinte à l'égard

Digitized by Google

des majeurs par la puissance paternelle, ou à l'égard des femmes par le mariage ou par la tutelle qui leur serait imposée à raison de leur sexe. Pour l'étranger, il suffit que cette capacité lui appartienne, soit d'après la loi de son pays, soit d'après celle du tribunal saisi de la contestation. Le tribunal doit relever d'office l'incapacité de la partie, ou le défaut de qualité de celui qui se présente comme son mandataire légal ou conventionnel; il peut aussi, à défaut de représentant légal, et s'il y a péril en la demeure, lui nommer un mandataire spécial pour le procès, en attendant la constitution du représentant légal (§§ 50-55).

Les personnes qui ont un intérêt commun peuvent figurer ensemble au procès soit en demandant, soit en défendant; les actes de l'une d'elles ne peuvent ni profiter ni nuire aux autres; néanmoins, si la matière est indivisible, celles qui auraient négligé de répondre à un ajournement, ou d'observer un délai, seraient censées avoir été représentées par les autres (§§ 56-60).

La participation de tiers au procès peut se rencontrer sous deux formes, auxquelles le Code donne respectivement les noms d'intervention principale (*Hauptintervention*) et d'intervention accessoire (*Nebenintervention*). L'intervenant principal est celui qui réclame, en tout ou en partie, la chose ou le droit qui fait l'objet d'un procès engagé entre d'autres personnes, et prétend ainsi faire reconnaître à son profit un droit exclusif de celui de l'un et de l'autre des plaideurs; il dirige sa demande contre les deux parties devant le tribunal saisi de l'affaire en premier ressort. L'intervention accessoire a lieu de la part d'un tiers, qui, y ayant d'ailleurs un intérêt légitime, désire se joindre à l'une des parties pour l'appuyer, et faire triompher sa prétention; l'intervenant prend le procès en l'état où il se trouve, il peut produire tous moyens qu'il juge utiles, à la condition toutefois que ses déclarations et ses actes ne soient pas en opposition avec ceux de la partie principale (§§ 61-68).

La partie peut aussi appeler un tiers en cause, pour exercer contre lui un recours en garantie (§§ 69-72); enfin, celui qui est recherché comme possesseur d'une chose, peut s'affranchir de l'action en assignant aux fins de déclaration et en faisant con-

Digitized by Google

naître au demandeur la personne pour le compte de qui il possède (*Laudatio auctoris*) (§ 73).

Devant les tribunaux régionaux (*Landgerichte*) notamment devant leurs chambres commerciales, et devant les tribunaux supérieurs, les parties sont tenues de se faire représenter par des avoués; cette règle n'est pas applicable toutefois aux actes à faire devant un juge commissaire ou devant un juge saisi en vertu d'une commission rogatoire, ou devant le greffier : elle ne l'est pas davantage à la procédure devant les tribunaux de bailliage (*Amtsgerichte*); la partie peut y agir par elle-même, ou se faire représenter ou assister par toute personne capable d'ester en justice. Dans le cas même où le ministère d'avoué est exigé, la partie obtient la parole, si elle la demande, soit pour exposer l'affaire, soit pour rétracter ou rectifier les déclarations faites en son nom. Le tribunal peut aussi ordonner la comparution des parties en personne, pour provoquer leurs explications sur les faits de la cause, ou pour essayer de les concilier (§§ 74, 75, 86, 128, al. 4, 81, 132, 268).

Le mandat *ad litem* implique le pouvoir de faire tous les actes de la procédure, jusques et y compris l'exécution forcée; de substituer; de constituer un mandataire pour les instances supérieures; et même de terminer le différend par transaction, désistement ou acquiescement : hors le cas où le ministère d'avoué est exigé, le mandat peut être limité à certains actes de la procédure (§§ 77-85). L'exercice de la profession d'avoué est réglé par une loi spéciale du 1er juillet 1878 (*Rechtsanwaltordnung*), qui est entrée en vigueur en même temps que le Code [1].

A ces dispositions sur les parties et leurs représentants, le Code a rattaché, sans lien apparent, trois titres sur les frais du procès, la caution *judicatum solvi*, et l'assistance judiciaire.

Les frais et dépens sont à la charge de la partie qui succombe; ils peuvent aussi être compensés ou partagés proportionnellement entre les parties, lorsque l'une d'elles obtient gain de cause sur un ou plusieurs chefs, et succombe sur d'autres (§§ 87-100).

[1] La loi du 1er juillet 1878 a été l'objet d'une notice de M. L. Dubarle, substitut à Troyes, qui a été imprimée dans l'*Annuaire de Législation étrangère* publié par la *Société de Législation comparée*, 8e année, 1879, pages 96 à 102.

Digitized by Google

Une loi spéciale, du 18 juin 1878, sur les frais de justice (*Gerichtskostengesetz*) [1] a déterminé les droits dont la perception est autorisée au profit de l'État, sous le titre de droits de justice (*Gerichtsgebühren*); ils remplacent les droits de timbre et autres impôts perçus à l'occasion des procédures, à l'exception toutefois des droits d'enregistrement dûs sur les jugements ou les transactions, en vertu des lois des divers États. D'autres lois ont établi les tarifs des émoluments dûs aux huissiers, [2] aux témoins ou aux experts, [3] et aux avoués [4].

L'étranger, qui se porte demandeur au principal, est tenu de fournir au défendeur, si celui-ci le requiert, caution pour les frais de l'instance ; le montant du cautionnement est fixé par le tribunal, eu égard à l'importance probable des frais du défendeur ; il est consigné en espèces, ou en valeurs constituant, d'après l'estimation du juge, une couverture suffisante (§§ 101-105).

L'assistance judiciaire (en allemand *Armenrecht*, littéralement, le droit des pauvres), est accordée à la partie qui justifie qu'elle est hors d'état de faire face aux frais du procès, sans se priver des ressources nécessaires à son entretien et à celui de sa famille ; il y est statué, sans débat oral préalable, par le tribunal appelé à connaître de la contestation ; en cas d'admission, la décision n'est susceptible d'aucun recours ; en cas de rejet, elle peut être attaquée par le pourvoi devant le tribunal immédiatement supérieur. La partie qui a obtenu l'assistance judiciaire est dispensée provisoirement du paiement de tous frais quelconques, et de la caution *judicatum solvi ;* un huissier et, s'il y a lieu, un avoué sont désignés pour lui prêter gratuitement leur ministère. Quand elle est accordée en première instance, l'assistance judiciaire comprend l'exécution forcée. Les frais, dont l'assisté a été provisoirement dispensé, peuvent être recouvrés contre l'adver-

[1] Voyez : Loi du 18 juin 1878, sur les frais de justice. Notice et analyse par M. Lederlin, professeur à la Faculté de droit de Nancy (*Annuaire de Législation étrangère*, 8e année, pages 93 à 96).

[2] *Gebühren-Ordnung für Gerichtsvollzieher* (Tarif des émoluments des huissiers), du 24 juin 1878.

[3] *Gebühren-Ordnung für Zeugen und Sachverstaendige* (Tarif des émolument des témoins et des experts), du 30 juin 1878.

[4] *Gebühren-Ordnung für Rechtsanwaelte* (Tarif des émoluments des avoués), du 7 juillet 1879.

Digitized by Google

saire, s'il est condamné aux dépens. L'assisté lui-même est tenu de les rembourser, lorsqu'il lui survient des ressources suffisantes. L'assistance peut d'ailleurs être retirée, s'il est justifié que l'une des conditions exigées pour sa concession n'existait point ou a cessé d'exister (§§ 106-118).

SECTION III. — *De la procédure.*

Plusieurs des principes fondamentaux de la procédure introduite par le Code sont inscrits dans cette section : la forme du débat, le rôle du juge et des parties y sont spécialement définis.

Aux termes du § 119, le débat est oral ; les parties ou leurs représentants exposent et discutent de vive voix leurs prétentions devant le tribunal qui est appelé à en connaître ; le juge ne peut statuer que sur les conclusions prises à l'audience [1], et ce n'est, en principe, que dans les explications fournies devant lui dans un débat contradictoire par les parties, les témoins [2], les experts [3], qu'il doit puiser les éléments de sa décision ; il ne peut prendre part au jugement qu'à la condition d'avoir assisté aux débats [4]. La nouvelle loi allemande adopte ainsi le système du Code de procédure civile français, auquel s'étaient déjà ralliés le Code hanovrien de 1850, et la plupart des lois de procédure votées depuis cette époque ; il abandonne, au contraire, le système de la procédure écrite, qui avait prévalu dans les pays qui n'avaient point de lois spéciales, et servi de base à la législation prussienne.

La loi d'organisation judiciaire complète sur ce point les dispositions du Code de procédure civile, en prescrivant la publicité des débats et le prononcé des jugements en audience publique (§§ 170 et suivants de la loi d'organisation judiciaire ; § 294 du Code de procédure civile).

Le principe que le débat est oral n'exclut pas les écritures nécessaires soit pour introduire le débat, soit pour le préparer et le circonscrire, soit pour en constater la marche et les résultats.

[1] Code de procédure, § 267.
[2] Code de procédure, § 320. Voyez cep., § 340.
[3] Code de procédure, §§ 367, 370, 374, 376.
[4] Code de procédure, § 280.

Digitized by Google

Les demandes introductives d'instance, l'intervention, l'opposition, l'appel, le pourvoi en révision, le pourvoi devant le tribunal immédiatement supérieur (*Beschwerde*), sont formés au moyen d'actes écrits signifiés à la partie adverse, ou remis au juge [1]. Dans les affaires où leur ministère est exigé, les avoués échangent, avant les plaidoiries, des écritures où ils se font connaître réciproquement les conclusions que leurs parties se proposent de prendre à l'audience, leurs articulations de faits, leurs explications sur les faits allégués par l'adversaire, leurs moyens, leurs preuves ; ces écritures préparatoires sont facultatives aussi dans les affaires suivies sans le concours des avoués. Mais elles n'ont pour but que de préparer et d'éclairer le débat oral ; elles ne peuvent ni y suppléer, ni le limiter. La partie ne peut se dispenser de plaider, en s'en référant aux écritures signifiées en son nom ; le juge ne peut statuer que sur les conclusions et les moyens qui lui ont été soumis à l'audience ; et il est toujours loisible à la partie de conclure à nouveau à l'audience, sans l'avoir fait dans des écritures préparatoires, ou de modifier les conclusions qu'elle aurait fait signifier ; ses conclusions sont alors consignées dans un acte écrit qui est annexé au procès-verbal de l'audience. Il est pareillement dressé acte des aveux et autres déclarations des parties (§§ 120-128, 269, 270).

Le jugement doit aussi être rédigé par écrit ; cela est indispensable pour en fixer les termes et en assurer la conservation. La loi veut de même que l'objet, la marche et les résultats du débat oral soient consignés dans un procès-verbal écrit, qui est signé par le président, et par le greffier (§§ 145-151).

Le débat oral suppose d'ailleurs une contestation née entre deux parties et pouvant donner lieu à un jugement soit définitif, soit avant-faire-droit. Mais il peut être statué sans plaidoirie sur les questions qui peuvent être introduites par simple requête, ou dont la décision constitue un acte d'administration autant que de juridiction, ou sur l'exécution forcée. C'est ainsi que les demandes en règlement de juges ou en récusation, les demandes de concession ou de retrait de l'assistance judiciaire sont jugées sans débat oral préalable ; le tribunal d'exécution rend de même, sans plai-

[1] Code de procédure, §§ 230, 67, 305, 479, 515, 532.

Digitized by Google

doirie, les décisions autorisant l'exécution parée ou celles qui ordonnent qu'il y sera sursis [1].

Dans les affaires civiles, comme dans les matières criminelles, on peut concevoir pour l'ensemble de la procédure deux principes diamétralement opposés : l'un, qui confie au juge la direction de la procédure, la mission de rechercher les preuves, de s'enquérir de la vérité des faits ; l'autre, qui s'en remet aux parties elles-mêmes du soin d'instruire l'affaire, et de déterminer les moyens et les preuves qu'il leur convient d'invoquer, soit en demandant, soit en défendant. La première de ces deux formes de procéder a reçu des criminalistes le nom de forme inquisitoriale ; les Allemands appellent, de même, le principe sur lequel elle repose en matière civile, *Inquisitionsprincip*, *Untersuchungsprincip*, principe inquisitorial. La seconde constitue pour les criminalistes la forme accusatoire ; le principe en est appelé par les Allemands *Verhandlungsprincip ;* nous pourrions dire, à défaut d'un terme plus précis, le principe de la discussion entre les parties ; c'est qu'en effet l'affaire s'instruit par la controverse engagée entre les parties, agissant chacune de sa propre initiative et sous le contrôle de l'autre.

C'est à ce second principe que le Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne a donné la préférence. Aux parties seules il appartient de définir leurs réclamations, d'indiquer les moyens et les preuves à l'appui, d'opposer à leurs adversaires telles défenses, exceptions ou répliques qu'elles jugent utiles ; le juge ne peut en général statuer d'office, ni sur chose non demandée [2].

Mais, en même temps qu'elle consacre l'initiative des parties, la loi a attribué au juge des pouvoirs étendus pour la direction des débats. Elle prescrit au président de veiller à ce que l'affaire soit discutée à fond ; et de poser des questions pour amener les parties à expliquer clairement leurs conclusions, à préciser les faits, à indiquer leurs moyens de preuve, et généralement à fournir tous les éclaircissements de nature à établir les circonstances de l'affaire (§§ 127, 130). Le tribunal peut aussi d'office,

[1] Voyez Code de procédure §§ 36, 37, 46, 117, 647, 684, 801.

[2] Voyez notamment §§ 230, 279.

Digitized by Google

ordonner la comparution des parties en personne, l'expertise ou la descente et vue des lieux (§§ 132, 134, 135). Il peut ordonner que les parties ne s'expliqueront que successivement sur les divers moyens qu'elles entendent invoquer à l'appui de leurs conclusions (§ 137). Lorsqu'il est saisi de plusieurs réclamations, il peut en ordonner la jonction ou la disjonction, il peut aussi, d'office, surseoir au jugement, lorsqu'il est subordonné à la décision d'une autre contestation actuellement pendante (§§ 135 à 142).

Les règles de la preuve, exposées au livre II, complétent le système général du Code. Il répudie absolument l'ancienne théorie des preuves légales. Le § 259 donne au tribunal le pouvoir de décider selon sa libre conviction, d'après l'ensemble des débats et les résultats de la procédure à fins de preuves, si les faits allégués par les parties doivent être ou non tenus pour vrais; dans cette appréciation, dont il doit exprimer les motifs au jugement, il n'est astreint à aucune règle légale, si ce n'est dans les cas expressément prévus au Code. Le § 14 de la loi introductive du Code confirme ces dispositions, en abrogeant les prescriptions légales qui n'admettent, dans certaines circonstances, que certains moyens de preuve, ou veulent que, dans des conditions déterminées, un fait soit tenu pour plus ou moins vraisemblable.

Nous n'entreprendrons pas d'analyser les dispositions fort détaillées par lesquelles le Code règle les énonciations des écritures préparatoires du débat, la rédaction du procès-verbal de l'audience, les formes et la remise des significations, les ajournements et fixations, le calcul des délais (§§ 121-126, 145-151, 152-190, 191-207). Retenons seulement que, dans les procès où le ministère d'avoué n'est pas exigé, les parties peuvent, pour les significations à faire, s'adresser directement à l'huissier, ou réclamer à cet effet l'entremise du greffier : c'est une conséquence du rôle attribué au juge dans la direction du procès (§ 154). Notons aussi que le Code permet de faire effectuer les significations par la poste, dont le facteur procède ainsi que le ferait l'huissier (§§ 176-180); au témoignage de l'Exposé des motifs, ce mode, pratiqué déjà en Prusse et en Saxe, y aurait donné de bons résultats.

Le Code a prescrit pour l'accomplissement de certains actes

Digitized by Google

de procédure des délais de rigueur (*Nothfristen*) ; leur inobservation emporte déchéance du droit d'accomplir ces actes. La restitution en entier peut toutefois être accordée à la partie, si elle justifie d'un cas fortuit ou de force majeure ; elle peut l'être même après le délai d'opposition, dans le cas où sans faute de sa part, la partie n'aurait pas eu connaissance de la signification du jugement par défaut. Le délai pour demander la restitution est de deux semaines, à compter du jour où la partie a repris sa liberté d'agir ; il ne peut être prorogé par la convention des parties, ni la demande formée plus d'un an après l'expiration du délai de rigueur qui a été omis. Dans sa demande de restitution, la partie fait valoir ses motifs d'excuse, et renouvelle l'acte de procédure qu'elle avait omis d'accomplir en temps utile, ou en mentionne, s'il y a lieu, l'accomplissement. La demande est portée devant le tribunal compétent pour statuer sur cet acte : il est procédé en même temps sur l'un et sur l'autre à moins que le tribunal n'ordonne l'instruction et le jugement préalables de la demande en restitution (§§ 208-216).

Enfin le Code prévoit, dans les derniers §§ du livre l^er^, l'interruption de la procédure (*Unterbrechung des Verfahrens*), par suite de la mort de la partie ou de son mandataire légal, ou de l'incapacité qui leur est survenue, de la faillite ou de la déconfiture de la partie, de la mort de l'avoué, etc. ; il détermine la marche à suivre pour la reprise de l'instance. La suspension de l'instance (*Aussetzung des Verfahrens*) peut aussi être convenue entre les parties, ou ordonnée par le juge, d'office ou à la demande d'une partie. En cas d'interruption ou de suspension de la procédure, le cours de tous les délais est arrêté ; il recommence *ab initio* après la reprise de l'instance. Les actes de procédure accomplis pendant ce temps ne sont pas opposables à la partie adverse. Néanmoins les causes d'interruption survenues après la clôture du débat oral n'empêchent pas le jugement (§§ 217-229).

LIVRE II. — DE LA PROCÉDURE EN PREMIÈRE INSTANCE.

Les deux sections de ce titre ont pour objet : 1° la procédure devant les tribunaux régionaux (*Landgerichte*) ; 2° la procédure

Digitized by Google

devant les tribunaux de bailliage (*Amtsgerichte*). Indépendamment des formes de la procédure et des jugements (titres 1 à 4 de la première section), la matière des preuves y tient une place considérable (titres 5 à 12 de la première section); le Code y traité non seulement des formes suivant lesquelles la preuve est rapportée, mais encore de la foi dûe aux divers modes de preuve qu'il prévoit et admet.

Procédure devant les tribunaux régionaux (Landgerichte). L'ancienne procédure comprenait d'ordinaire plusieurs phases successives et distinctes. La première avait pour but de déterminer l'objet de la contestation (*status causæ et controversiæ*) au moyen d'actes de procédure remis au juge, ou de déclarations faites devant lui et dont il était dressé procès-verbal. Un jugement terminait cette partie de l'instance; il était définitif, si l'affaire en était dès à présent susceptible; sinon, le juge ordonnait la preuve, en précisait l'objet (*thema probandum*) et indiquait la partie qui devait la rapporter (*onus probandi*) : c'était ce que l'on appelait l'interlocutoire sur la preuve (*Beweisinterlokut*). C'était, au moins d'après l'opinion généralement suivie dans la pratique, un véritable jugement, susceptible de passer en force de chose jugée, et qui déterminait rigoureusement le terrain du débat. Lorsque l'interlocutoire avait acquis force de chose jugée, on procédait à la preuve, et après elle au jugement définitif.

Des règles différentes ont prévalu dans le nouveau Code. Au lieu de distinguer entre la première procédure et celle à fins de preuve, il veut que les parties, en produisant leurs allégations, fassent connaître les preuves qu'elles invoquent à l'appui (§§ 121, 122, 255). Il leur laisse aussi le soin de reconnaître elles-mêmes quels sont les faits et les allégations dont il leur convient d'offrir la preuve, et par quels moyens elles jugent utile de la fournir. Le juge apprécie seulement si la preuve offerte est relevante et admissible : sa décision à cet égard est rendue non par un interlocutoire, mais par une simple sentence d'avant-faire droit (*Beweisbeschluss*), qui n'est pas susceptible d'être attaquée séparément du jugement définitif, qui ne lie pas le tribunal, et ne préjuge en rien sa décision sur le fond (§§ 255 et 293).

L'ancienne procédure voulait que les diverses conclusions,

Digitized by Google

moyens et exceptions des parties fussent produits, dans un ordre déterminé, à peine de déchéance: Le Code exige seulement que les fins de non-recevoir soient proposées avant tout débat sur le fond, à moins qu'elles ne se fondent sur des motifs d'ordre public qui interdisent aux parties d'y renoncer. Mais, quant à tous leurs autres moyens, et aux preuves qu'elles entendent invoquer, il est loisible aux parties de les faire valoir jusqu'au jugement. Le tribunal peut toutefois d'office, et même à l'égard de celui des plaideurs qui obtient gain de cause, mettre à sa charge tout ou partie des frais, s'il reconnaît que la production tardive de ses moyens ou de ses preuves a eu pour résultat de différer la solution du procès. Il peut aussi, sur la demande de l'adversaire, refuser d'accueillir dans l'instance actuelle les moyens et les preuves tardivement produits par le défendeur, si ce retard lui paraît indiquer une négligence grave, ou le désir d'entraver la marche de la procédure (§§ 247, 251, 252, 256).

La demande est introduite au moyen d'un acte écrit, signifié à la partie adverse, et qui énonce l'objet précis de la réclamation du demandeur, le fondement sur lequel elle repose, les conclusions du demandeur. L'introduction de la demande a pour résultat de lier l'instance. Dès ce moment, l'exception de litispendance peut être opposée à toute demande relative au même objet et qui serait formée par l'une ou l'autre partie avant la solution du procès; la compétence du tribunal n'est plus susceptible d'être changée par une modification survenue dans les circonstances qui lui ont servi de base, par exemple par le changement de domicile du défendeur; le demandeur ne peut plus, sans le consentement du défendeur, modifier sa demande dans ses éléments essentiels, sauf le droit qui lui appartient d'amplifier ou de restreindre ses conclusions, de compléter ou de rectifier ses articulations ou ses moyens. La litispendance n'entraîne pas d'ailleurs l'inaliénabilité de la chose litigieuse; mais son aliénation est sans influence sur le procès; les parties y restent les mêmes; le successeur ne peut, sans le consentement de la partie adverse, poursuivre le procès aux lieu et place de son auteur (§§ 230-233, 235-242).

Un intervalle d'un mois au moins doit séparer les débats oraux

Digitized by Google

de la signification de la demande ; les deux premiers tiers de ce délai sont réservés au défendeur pour faire signifier sa réponse à la demande ; d'autres significations peuvent aussi être échangées entre les parties, pour compléter l'instruction de l'affaire et la préparation du débat oral (§§ 234, 244, 245).

Le jugement est prononcé en audience publique, en la présence ou en l'absence des parties, le jour même où les débats ont été clos, ou un autre jour qui est indiqué séance tenante et ne doit pas être éloigné de plus d'une semaine. Le prononcé consiste dans la lecture du dispositif du jugement ; les motifs en sont pareillement lus, ou communiqués verbalement, lorsque le tribunal juge utile de les publier (§§ 281-283, 294).

Le jugement est transcrit intégralement (qualités, motifs et dispositif), sur un tableau qui est affiché au greffe pendant une semaine au moins, à partir du jour de cette affiche, la rectification des qualités (*Thatbestand*), peut être demandée, s'il y a lieu, pendant un pareil délai, par les parties ou par leurs avoués ; ceux-ci ne sont pas, comme dans la loi française, chargés de la rédaction des qualités (§§ 284, 287, 291).

Si la partie ou son avoué ne comparaît pas à l'audience indiquée pour la plaidoirie, il peut être rendu contre elle, sur les conclusions de la partie adverse, un jugement par défaut (*Versaeumnissurtheil*). Le demandeur défaillant est, sans autre examen de l'affaire, débouté de sa demande. Le défendeur est condamné si les conclusions du demandeur sont justifiées par les faits qu'il expose ; ces faits sont tenus pour reconnus, à raison du silence de la partie adverse. Le tribunal doit vérifier, d'ailleurs, la régularité de l'assignation et de la procédure qui s'en est suivie, ainsi que les autres circonstances dont il a à tenir compte d'office, telles que la capacité des parties d'ester en jugement, les pouvoirs de leurs représentants légaux ou de leurs mandataires. La décision qui refuse de donner défaut peut être attaquée par le pourvoi immédiat (*sofortige Beschwerde*). Le jugement par défaut est susceptible d'opposition (*Einspruch*), dans les deux semaines de sa signification. L'opposition n'est pas recevable contre le jugement qui aurait débouté la partie non-comparante d'une première opposition (§§ 295-312).

Digitized by Google

Procédure devant les tribunaux de bailliage (Amtsgerichte). — Elle est, en général, soumise aux règles établies pour la procédure devant les tribunaux régionaux. Toutefois, le délai de comparution y est abrégé ; il est, en général, de trois jours. Les parties peuvent aussi se présenter volontairement et sans citation. L'assistance d'avoués n'est point exigée, et il n'y a pas lieu pour les parties d'échanger des écritures avant l'audience. Le juge est spécialement chargé de guider les parties dans la défense de leurs intérêts, et de veiller à ce qu'elles s'expliquent sur tous les faits qu'il importe d'élucider et prennent toutes conclusions utiles (§§ 456-470).

Aucun préliminaire de conciliation n'est imposé aux parties, avant de procéder soit devant les tribunaux régionaux, ou devant le tribunal de bailliage ; mais il est facultatif au demandeur d'y recourir, et de citer à cet effet son adversaire devant le tribunal de bailliage du domicile de ce dernier. Les tribunaux peuvent aussi, en tout état de cause, tenter de concilier les parties, et ordonner à cet effet, soit leur comparution personnelle ou leur renvoi devant un juge commissaire (§§ 471, 268).

De la preuve. — On doit distinguer, à propos de la preuve, les moyens par lesquels elle est établie, et les formes suivant lesquelles elle est rapportée ; le Code de procédure ne s'est pas borné à ce second objet, qui était spécialement de son domaine : dans sa préoccupation d'établir une pratique judiciaire uniforme et de rompre avec certaines traditions surannées, le législateur a édicté de plus un certain nombre de dispositions qui tiennent plus au fond qu'à la forme. Nous avons signalé déjà la plénitude de pouvoirs accordée au juge pour l'appréciation des faits de la cause et des preuves offertes par les parties ; nous verrons tout à l'heure l'effet et l'énergie qu'il attribue aux divers modes de preuve qu'il admet.

Avant de parler de la preuve elle-même, le Code s'occupe des diverses circonstances où il n'est pas besoin de preuve. Il n'avait pas à rappeler que les règles du droit ne sauraient, en général, faire l'objet d'une preuve proprement dite. Ce principe, incontestable et universellement reconnu, lorsqu'il s'agit de la loi nationale, le Code l'admet dans une certaine mesure à l'égard des lois

Digitized by Google

étrangères et des coutumes locales; il n'y a lieu d'en rapporter la preuve qu'autant qu'elles ne sont pas connues du tribunal; le juge n'est pas obligé d'ailleurs de s'en tenir aux preuves fournies par les parties; il peut recourir à tous les éléments d'information qui lui paraissent utiles (§ 265).

Il n'y a pas davantage lieu de rapporter la preuve des faits qui sont notoires pour le tribunal (§ 264).

L'aveu judiciaire ne rentre pas non plus dans la notion de la preuve : aux yeux du législateur allemand, il constitue moins une preuve proprement dite que la renonciation au droit d'exiger la preuve de la part de la partie adverse. L'aveu judiciaire rend donc superflue la preuve des faits auxquels il se rapporte. Il n'a pas besoin d'être accepté. Il ne peut être rétracté qu'autant que la partie justifie qu'il est contraire à la vérité et qu'il est le résultat d'une erreur. Il n'est pas indivisible, et conserve tout son effet, bien qu'il soit accompagné d'une assertion susceptible de constituer par elle-même un moyen d'attaque ou de défense (§ 261-262).

Dans un assez grand nombre de cas, où il ne s'agit pas de rendre une décision définitive, le Code, au lieu d'exiger une preuve complète, demande simplement à la partie d'établir ses allégations d'une manière plausible, littéralement de les rendre croyables, *glaubhaft machen*. Le droit antérieur se contentait de même, dans certains cas, de simples attestations (*Bescheinigungen*). Le Code s'est abstenu à dessein de définir les termes mêmes dont il s'est servi, et d'indiquer les moyens de preuve à exiger de la partie; son allégation doit être accueillie dès qu'elle a, aux yeux du juge, un degré suffisant de vraisemblance; la partie peut être tenue de la confirmer par son serment, mais on ne pourrait admettre à cet égard une preuve qui ne serait pas susceptible d'être immédiatement rapportée (§ 266. Voyez aussi l'Exposé des motifs de ce paragraphe, 251e du projet).

En principe, la preuve est administrée devant le tribunal saisi du procès; l'audition des témoins, la déposition des experts, la prestation du serment déféré à la partie ont lieu devant lui; elles ne peuvent être renvoyées devant un membre du tribunal ou devant un autre tribunal que dans les cas prévus par le Code, lorsque l'application de la règle générale présente des difficultés

Digitized by Google

considérables ou rencontre un obstacle majeur, ou lorsqu'il peut y avoir avantage à entendre les témoins sur les lieux litigieux (§§ 320, 337, 340, 370, 441).

Il est loisible aux parties d'assister aux opérations qui ont pour objet l'administration de la preuve, sans toutefois que leur absence empêche le juge d'y procéder, autant du moins que les circonstances le permettent (§§ 322, 332).

La décision qui ordonne la preuve énonce : 1° les faits à prouver ; 2° les moyens de preuve admis, ainsi que les noms des témoins et des experts qui doivent être entendus. Elle indique la partie qui a invoqué la preuve, soit pour établir, soit pour repousser une articulation de faits. Elle fixe le jour où il sera procédé à la réception de la preuve, et désigne, s'il y a lieu, le juge-commissaire ou le tribunal étranger chargé de la recevoir (§§ 324, 335).

Le premier mode de preuve prévu par le Code consiste dans la visite faite par le juge lui-même, soit des lieux litigieux, soit des autres choses sur lesquelles porte la contestation (*Augenschein*). Le tribunal peut, en l'ordonnant, appeler un ou plusieurs experts à l'assister. Il peut commettre, à l'effet d'y procéder, un de ses membres ou un tribunal étranger, et leur déléguer la nomination d'experts (§§ 336, 337).

Preuve par témoins. — La preuve testimoniale est admise en toute matière, et quelle que soit l'importance de la contestation. Elle est reçue, même à l'encontre des actes authentiques, s'il est allégué que les déclarations faites devant l'officier public ont été inexactement rapportées par lui ; *à fortiori*, le Code permet-il de compléter par des témoignages le contenu des actes authentiques, et d'offrir la preuve de ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis les actes : l'intention du législateur allemand de s'écarter, à cet égard, des règles tracées par les art. 1341 et suivants du Code civil français, est nettement exprimée dans l'Exposé des motifs du nouveau Code [1]. La loi bavaroise, et après elle, le projet prussien, les avaient maintenues pour les provinces rhénanes, où le droit français était demeuré en vigueur ; le législateur de 1877, préoccupé avant tout d'établir une loi uniforme

[1] *Begründung des Entwurfs der deutschen Civilprozessordnung*, § 239, pages 254 à 256 ; §§ 323-347, page 316.

Digitized by Google

pour toute l'Allemagne, a voulu, au contraire, que la preuve testimoniale obtînt partout l'importance et l'autorité que les jurisconsultes d'outre-Rhin revendiquaient pour elle comme une conséquence du pouvoir souverain d'appréciation laissé au juge.

Cette dernière considération a fait repousser aussi la distinction établie par le droit antérieur entre les témoins idoines et les témoins suspects, de même que les causes d'exclusion ou de reproche admises par la loi française : toute personne, même parente ou alliée, est donc reçue à déposer, sauf au juge à déterminer, dans la plénitude de son pouvoir d'appréciation, la foi qu'il convient d'ajouter à son témoignage. Néanmoins les mineurs de seize ans, les faibles d'esprit, les personnes qui, d'après les dispositions des lois criminelles, sont incapables d'être témoins, sont entendus sans prêter serment. Il en est de même de ceux qui ont un intérêt direct à la contestation ; le tribunal peut toutefois, après leur déposition, leur imposer de jurer qu'ils ont dit la pure vérité, en âme et conscience, sans en rien dissimuler et sans y rien ajouter (§ 358).

En principe, toute personne citée comme témoin est obligée de répondre à cette citation, sous peine d'amende et de dommages-intérêts ; le tribunal peut aussi, en cas de refus réitéré, ordonner que le témoin sera amené devant lui par la force publique (§§ 345 et 346).

Toutefois, certaines personnes sont autorisées à refuser leur témoignage, à raison des liens de parenté ou d'alliance qui les unissent à l'une des parties, à moins qu'elles ne soient appelées à déposer sur l'un des objets suivants ; 1° la formation et l'objet d'une convention à la conclusion de laquelle elles ont assisté comme témoin ; 2° les naissances, mariages ou décès des membres de la famille ; 3° les faits touchant aux relations pécuniaires subordonnées à des rapports de famille ; 4° les actes qu'elles ont accomplis comme auteur ou représentant légal de l'une des parties, et qui se rapportent à l'objet du litige. Les ecclésiastiques et autres personnes tenues au secret professionnel ne peuvent, si elles n'ont été dispensées de cette obligation, témoigner des faits dont elles ont eu connaissance à raison de leur ministère ou de leur profession. Enfin, toute personne peut refuser de

Digitized by Google

répondre aux questions qui lui sont adressées, si elle ne peut le faire sans révéler un secret de fabrique, ou sans compromettre son honneur ou celui de son fiancé, de son conjoint, de son parent ou allié au degré déterminé par la loi, ou sans s'exposer elle-même ou une des personnes qui viennent d'être indiquées à une poursuite criminelle ou à un dommage pécuniaire et direct. Si les personnes autorisées à refuser leur témoignage n'usent pas de cette faculté, elles déposent sans prêter serment; mais le tribunal peut, après les avoir entendues, leur imposer d'affirmer par serment la sincérité de leurs déclarations (§§ 348-358).

Expertise. — Lorsqu'il y a lieu de recourir à une expertise, le tribunal en détermine l'objet; il nomme pour y procéder un ou plusieurs experts; il peut inviter les parties à lui indiquer les personnes qui leur paraissent le plus aptes à remplir cette mission, et, si elles sont d'accord, il doit ratifier leur choix. Lorsque l'affaire est renvoyée, pour la réception de la preuve, devant un juge-commissaire, la nomination des experts peut lui être déléguée. A moins qu'ils n'en soient dispensés par les parties, les experts prêtent serment de donner leur avis impartialement, en âme et conscience. Cet avis est exprimé de vive voix devant le tribunal, ou, s'il en a été ainsi ordonné, il est consigné dans un rapport déposé au greffe; le tribunal peut, dans tous les cas, exiger la comparution des experts pour donner des explications sur leur rapport écrit. En principe, l'expert est tenu d'accepter sa nomination, lorsqu'il a officiellement mission de donner des avis sur la matière en question, ou lorsqu'il fait profession de la science, de l'art ou du métier à raison desquels il est consulté, ou qu'il a reçu de l'autorité compétente mission ou pouvoir de les exercer. Néanmoins, les circonstances qui autorisent un témoin à refuser son témoignage peuvent aussi être invoquées par l'expert comme motifs de refus ; le tribunal est souverain appréciateur des autres causes d'excuse qui pourraient se rencontrer. Enfin, les causes de récusation ouvertes contre les juges le sont pareillement contre les experts; elles sont proposées et jugées dans la même forme (§§ 367-379).

Preuve par titre. — L'acte authentique est celui qui est dressé dans la forme légale par une autorité publique dans les limites de

Digitized by Google

sa compétence, ou par une personne à qui foi est due, telle qu'un notaire, dans les limites de ses attributions :

Il fait pleine foi : 1° des déclarations retenues par l'autorité ou la personne qui a dressé l'acte, sauf la preuve de l'inexactitude de la relation qu'il contient;

2° des ordres, dispositions ou décisions officielles qui y sont exprimés;

3° des faits que l'acte a pour objet de constater, sauf la preuve de l'inexactitude de ces faits, dans la mesure où elle est admise par les lois des différents Etats.

L'acte sous seing privé signé de ses auteurs ou revêtu de leurs croix légalisées en justice ou par un notaire fait pleine foi de la réalité des déclarations qui y sont contenues : la preuve contraire n'est pas admise quand à ce. Le législateur a vu dans la signature des parties une garantie suffisante de l'exactitude des constatations de l'acte sous seing privé, tandis que pour les actes authentiques il a redouté des erreurs pouvant procéder de ce que leur rédacteur n'aurait pas bien entendu ou pas bien compris les parties, ou peut-être même altéré le sens de leurs déclarations [1] (§§ 380-384).

La preuve littérale est fournie au moyen de la production de l'acte dont on prétend la faire découler. Si la partie qui offre la preuve soutient que l'acte est en la possession de son adversaire ou d'un tiers, elle peut demander que celui-ci soit tenu de le produire. La production ne peut être refusée : 1° dans les cas où elle est ordonnée par le droit civil, même en dehors du procès; 2° quand, d'après son contenu, l'acte est commun aux deux parties; 3° quand le détenteur l'a lui-même invoqué en cours d'instance, ou dans les écritures qui ont préparé la procédure. Si la partie de qui la production d'un acte est demandée reconnaît l'avoir en sa possession, cette production est ordonnée ; il en est de même si la partie ne s'explique pas. En cas de dénégation de sa part, elle est tenue de prêter serment « qu'après des recherches faites avec soin, elle a acquis la conviction que l'acte n'existe par en sa possession, qu'elle ne l'a pas détruit ou détourné pour

[1] Voyez *Begründung des Entwurfes einer deutschen Civilprozessordnung*, §§ 361, 362 (380, 381 du Code), n° III, page 337.

Digitized by Google

mettre la partie adverse dans l'impossibilité d'en faire usage, et qu'elle ne sait pas davantage où l'acte se trouve ». Si la production et le serment sont refusés, la copie produite par la partie à qui incombe la preuve est présumée exacte ; à défaut de copie, le fait, que l'on prétendait prouver par le titre, peut être tenu pour avéré (§§ 395-399).

La partie contre qui l'on invoque un acte sous-seing privé est tenue de déclarer si elle en reconnaît la signature : faute de quoi l'acte est considéré comme reconnu. L'écriture peut aussi en être vérifiée par le tribunal au moyen de pièces de comparaison, ou, s'il y a lieu, d'une expertise. Quant aux actes authentiques, ils sont présumés vrais lorsqu'ils présentent les caractères extérieurs exigés par la loi ; en cas de doute, le tribunal peut demander à cet égard les explications de l'officier public à qui la rédaction en est attribuée ; pour les actes venus de l'étranger, l'authenticité en est suffisamment prouvée par la légalisation d'un consul ou d'un ambassadeur de l'Empire d'Allemagne (§§ 402-408).

Preuve par serment. — Le serment peut être déféré soit par la partie, soit par le juge. Dans l'un et l'autre cas, il ne peut être imposé qu'à la partie et non à un tiers ; il ne peut porter que sur des faits personnels à cette partie, ou à ses auteurs ou à ses représentants, ou dont, du moins, ces personnes ont eu connaissance par elles-mêmes. La formule en est plus ou moins affirmative, suivant les circonstances ; mais dans tous les cas, la partie doit apporter la déclaration de son sentiment personnel, soit en affirmant la vérité ou la fausseté du fait, (*Wahrheitseid, jusjurandum de veritate*), ou la conviction qu'elle a acquise à cet égard, soit en déclarant qu'elle a ou n'a pas acquis la conviction du fait (*Ueberzeugungseid*, serment sur la conviction de celui qui le prête) ; le serment de crédulité, où la partie déclare simplement n'avoir pas connaissance du fait allégué, n'est plus admis. S'il s'agit d'un fait personnel à la partie, ou qui soit à sa connaissance personnelle, elle doit jurer « que le fait est vrai ou qu'il n'est pas vrai ». On a prévu toutefois que la partie pourrait, à bon droit, hésiter d'affirmer la vérité ou la fausseté d'un fait, même personnel, mais remontant à une époque déjà éloignée, et

Digitized by Google

auquel elle n'aurait pas, à l'origine, attaché une grande importance; s'il est allégué non par la partie elle-même, mais par son adversaire, il lui suffira de jurer « qu'après réflexion et informations attentives, elle a acquis la conviction que le fait est vrai ou n'est pas vrai ». La partie affirme ainsi, tout au moins, une conviction personnelle basée sur les recherches auxquelles elle s'est livrée. S'agit-il enfin d'un fait qui ne soit pas personnel à la partie, mais dont tout au moins elle pouvait avoir personnellement connaissance, on lui demande seulement de jurer « qu'après réflexion et informations attentives, elle a ou n'a pas acquis la conviction de la vérité du fait ». (§§ 410, 414, 424)[1].

Le serment déféré par la partie, ou serment décisoire, a, avant tout, le caractère d'une transaction; mais il a pu être considéré comme un moyen de preuve, à raison de l'effet attribué à sa prestation ou au refus de le prêter : le fait sur lequel il porte est tenu pour vrai dans le premier cas, pour faux, dans le second; la partie à laquelle il est déféré doit donc réussir ou succomber au procès, suivant qu'elle l'a prêté ou refusé. Elle peut aussi le référer, à la condition que l'adversaire ne soit appelé ainsi à jurer que sur un fait personnel ou dont il ait personnellement connaissance. La preuve résultant de la prestation ou du refus de serment ne peut être combattue par la preuve contraire, si ce n'est dans les cas où un jugement ayant force de chose jugée peut être attaqué pour faux serment; la demande en restitution du jugement est seule admise lorsqu'il a été statué définitivement et sur le fond. Aussi longtemps que le serment n'est pas prêté, la partie qui l'a déféré reste libre d'offrir d'autres moyens de preuve; si elle en propose, la délation du serment est tenue en suspens, et ne devient définitive qu'autant qu'elle est renouvelée après qu'il a été procédé aux preuves offertes (§§ 413-423, 428 s., 543, al. 1).

A la différence du droit antérieur, le Code n'a pas réglé les conditions dans lesquelles le serment peut être déféré d'office; le juge apprécie librement s'il y a lieu d'y recourir, et à laquelle des deux parties il convient de l'imposer. Il n'a toutefois, de sa nature, qu'un caractère subsidiaire; le Code ne le prévoit que pour

[1] Voyez *Begründung des Entwurfes einer deutschen Civilprozessordnung*, § 391 (410 du Code) et § 404 (424 du Code); pages 351 à 353, 361 à 363.

Digitized by Google

le cas où les débats, et s'il y a lieu, les preuves offertes n'ont pas suffi pour démontrer au juge la vérité ou la fausseté des faits allégués devant lui (§§ 437-439).

Lorsque le tribunal estime qu'il y a lieu d'accueillir un serment déféré par la partie, ou de le déférer d'office, il l'ordonne par un jugement sur le fond, subordonné à la condition du serment; ce jugement précise la formule du serment et détermine les conséquences de sa prestation ou de son refus. Le serment ne peut être prêté qu'après que le jugement a acquis force de chose jugée. Le tribunal peut aussi, exceptionnellement, imposer le serment par une décision préparatoire à fins de preuve, et, dans ce cas, il est prêté avant le jugement du fond. Il peut être procédé dans cette forme : 1° quand les parties sont d'accord sur la pertinence et les termes du serment; 2° quand le serment a pour objet de vider un incident; 3° quand la décision à intervenir sur certains moyens proposés à l'appui de la demande ou de la défense est subordonnée à la prestation préalable du serment; dans ce cas, le tribunal peut aussi statuer par un jugement sur incident, subordonné à la condition du serment; mais alors le serment n'est prêté qu'autant que le jugement sur le fond, ayant force de chose jugée, reconnaît qu'il peut encore influer sur la décision du procès; 4° le serment est encore ordonné par décision préparatoire à fins de preuve, dans les procédures sur titres ou sur lettres de change (§§ 425-427, 558, al. 4).

Mesures autorisées en vue d'empêcher la déperdition des preuves. — S'il y a juste sujet de craindre qu'en cas de retard la visite de la chose litigieuse, ou l'enquête ou l'expertise deviennent impossibles, ou du moins plus difficiles, il peut être procédé à ces preuves en dehors des délais ordinaires et même avant qu'il y ait une instance liée; il y est statué par le tribunal devant lequel l'affaire est pendante; et, en cas d'urgence, ou s'il n'y a pas de procès engagé, par le tribunal de bailliage dans le ressort duquel se trouvent la chose litigieuse ou les témoins à entendre; la décision peut être rendue sans plaidoirie et n'est susceptible d'aucun recours. La preuve est reçue dans les formes ordinaires. La partie adverse y est appelée, sans que toutefois

Digitized by Google

l'inobservation de cette formalité empêche de procéder; mais la preuve ne peut être invoquée contre la partie qui n'a pas comparu, si elle n'a été citée en délai utile, ou si l'omission ou le retard de la citation ne sont pas imputables à faute au demandeur. Quand l'adversaire ne peut être dès à présent désigné, le tribunal peut nommer un mandataire spécial pour défendre les droits éventuels de toute partie intéressée (§§ 447-455).

LIVRE III. — Des voies de recours.

Sous ce titre de voies de recours (*Rechtsmittel*) le Code ne comprend que les pourvois dévolutifs ; il en admet trois : l'appel (*Berufung*), la révision, (*Revision*), le pourvoi devant le tribunal immédiatement supérieur (*Beschwerde*). Ils sont ouverts contre les jugements qui n'ont pas acquis force de chose jugée; les deux premiers ont toujours effet suspensif, le troisième l'a dans certains cas déterminés par la loi, ou en vertu d'une décision spéciale du juge. Les jugements passés en force de chose jugée peuvent aussi être attaqués devant le tribunal même qui les a rendus, soit par voie de nullité (*Nichtigkeitsklage*), soit par une demande de restitution en entier (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*) : dans la théorie du Code, ces moyens exceptionnels constituent non des voies de recours, mais des actions distinctes, ayant pour objet la reprise de la procédure ; le Code les étudie sous ce titre, dans le livre IV. Il n'a pas davantage considéré comme des voies de recours l'opposition aux jugements par défaut (*Einspruch*), dont nous avons parlé précédemment, ni celle qu'il admet sous le nom de *Widerspruch*, dans la procédure par voie de sommation (*Mahnverfahren*).

De l'appel. — L'appel (*Berufung*) est ouvert contre tous les jugements rendus sur le fond (*Endurtheile*) en première instance ; le Code leur assimile, à cause de leur caractère définitif, et bien qu'ils n'aient pas statué sur le fond même du procès, le jugement qui rejette une fin de non-recevoir (§ 248), celui qui admet une réclamation en principe, sans en fixer encore le montant (§ 276), celui qui, dans la procédure sur titres ou sur lettres de change, réserve au défendeur condamné la poursuite de ses droits (§ 562). Quant aux jugements sur incident (*Zwischenurtheile*)

Digitized by Google

et aux jugements d'instruction ou d'avant-faire droit (*Beschlüsse*, *Verfügungen*), spécialement ceux qui admettent ou rejettent l'offre d'une preuve testimoniale, ils ne sont pas susceptibles d'appel, mais ils sont, avec le jugement rendu sur le fond, soumis à l'examen du tribunal supérieur, à moins que des dispositions spéciales du code ne les soustraient à tout recours, ou n'établissent à leur égard le pourvoi spécial désigné sous le nom de *Beschwerde*.

L'appel est recevable en toute matière, et quel que soit le montant de la demande.

Il est formé, à peine de déchéance, dans le mois, à compter de la signification du jugement; il ne peut l'être avant cette signification.

L'appel remet en question tout ce qui a été jugé en première instance, ou du moins tous les chefs du jugement à l'égard desquels il est interjeté; les parties peuvent donc produire, à l'appui de leurs conclusions, tous moyens et toutes preuves, même ceux qu'elles auraient négligé d'invoquer en première instance. Toutefois la demande ne peut être modifiée, même avec l'assentiment de la partie adverse. Les fins de non-recevoir auxquelles la partie est autorisée à renoncer ne peuvent être produites pour la première fois en cause d'appel, à moins que la partie n'établisse qu'il ne lui a pas été possible de les proposer en première instance. Il était, d'ailleurs, à peine besoin d'exprimer que la partie demeure liée par son aveu judiciaire ou par sa déclaration qu'elle accepte ou qu'elle défère le serment.

Le tribunal supérieur examine d'office la recevabilité et la régularité de l'appel. Il statue au fond, sur tous les points qui ont été de la part du tribunal de première instance l'objet d'un jugement définitif. Il renvoie les parties devant ce tribunal, lorsqu'en première instance il n'a pas été statué contradictoirement sur le fond du procès ; il en est ainsi notamment, lorsque le tribunal de première instance n'a prononcé que sur une fin de non-recevoir, ou qu'il a seulement statué sur le principe de la demande sans en fixer le montant, ou qu'il n'a jugé que par défaut, ou rejeté l'opposition à un jugement par défaut (§§ 472-506).

Digitized by Google

De la révision (§§ 507-529). — L'ancienne procédure allemande admettait, en général, deux instances d'appel, en fixant pour la seconde un taux supérieur à celui de la première. Dans le projet du Code, la confirmation en appel du jugement de première instance excluait tout recours ultérieur. Ce principe n'a pas été consacré par le Code ; il permet, au contraire, d'attaquer par le recours en révision (*Revision*) les jugements définitifs rendus en cause d'appel par les tribunaux régionaux supérieurs (*Oberlandesgerichte*), pourvu que la contestation subsistante entre les parties présente un intérêt pécuniaire d'au moins quinze cents marcs ; cette condition n'est pas imposée lorsque le recours est fondé sur l'incompétence du tribunal ou sur la non-recevabilité de l'appel, ni dans les cas où la compétence appartient exclusivement aux tribunaux régionaux, sans égard à la valeur de l'objet du litige.

La violation de la loi donne seule ouverture à la révision; encore faut-il que la loi dont on relève la violation soit applicable à tout l'Empire, ou du moins que l'application n'en soit pas limitée au ressort du tribunal d'appel. Le tribunal de révision doit tenir pour constants les faits judiciairement constatés dans le jugement qui lui est déféré ; il doit aussi accepter sa décision sur l'existence et la portée des lois dont la violation ne donne pas ouverture à révision. Dans sa propre décision, il n'est pourtant pas limité à l'appréciation de la question de droit. Tout en reconnaissant que la loi a été violée, il doit rejeter la demande en révision, si le jugement attaqué lui paraît bien rendu au fond. Il peut aussi statuer sur le fond, lorsqu'il annule le jugement attaqué pour fausse application de la loi aux faits déclarés constants, et que l'affaire est en état de recevoir une solution définitive, ou encore, lorsque le jugement attaqué est annulé pour cause d'incompétence. En dehors de ces cas, l'affaire est renvoyée devant le tribunal d'appel, qui statue à nouveau, sans pouvoir s'écarter de la décision rendue par le tribunal de révision sur la question de droit.

Les délais du pourvoi en révision et les formes de la procédure sont d'ailleurs semblables à ceux que le Code a déterminés pour l'appel.

Digitized by Google

La révision se rapproche ainsi de la cassation, en ce que la violation de la loi y donne seule ouverture; elle s'en éloigne sur plusieurs points importants, notamment par le pouvoir donné au tribunal de révision d'apprécier, dans certains cas, le fond du débat, et par l'obligation imposée au tribunal de renvoi de suivre l'interprétation donnée par le tribunal supérieur en ce qui concerne la question de droit.

Du pourvoi devant le tribunal immédiatement supérieur (Beschwerde). — Tandis que l'appel et la révision ne sont ouverts qu'à l'égard des jugements définitifs, le Code a admis une voie de recours spéciale contre certaines décisions rendues pour l'instruction de l'affaire, et sans plaidoirie; les divers cas en sont spécialement définis par la loi à propos des diverses matières dans lesquelles il a paru utile de l'autoriser [1]. Ce recours, auquel le Code a donné le nom de *Beschwerde* (littéralement grief, plainte), est porté en principe devant le tribunal immédiatement supérieur; mais au lieu d'être formé directement devant cette juridiction, il l'est devant le tribunal dont émane la décision attaquée, et qui peut y faire droit, s'il reconnaît que la réclamation est fondée. Le recours n'a d'effet suspensif que dans cas où la loi le lui a expréssement attribué; le sursis à l'exécution de la décision attaquée peut aussi être ordonné soit par le tribunal de qui elle est émanée, soit par le tribunal supérieur. Le recours peut, de même que l'appel, être appuyé sur des faits nouveaux ou des preuves nouvelles. Il peut y être statué sans plaidoirie; toutefois il est réservé au tribunal d'entendre, s'il le juge utile, les adversaires ou les parties intéressées, en la présence ou en l'absence du réclamant, ou de provoquer leurs observations écrites.

La loi n'a pas, en général, fixé de délai pour l'introduction du recours. Elle la limite néanmoins à deux semaines dans certains cas spécialement définis, tels que la décision sur la récusation proposée contre le juge ou le greffier (§§ 47, 49), le rejet d'une intervention (§ 68), le refus d'accorder jugement par défaut (§ 301), les décisions rendues dans la procédure d'exécution for-

[1] Voyez Code de procédure civile, §§ 46, 49, 68, 97, 99, 118, 126, 229, 290, 301, 345, 352, 355, 367, 371, 374, 579, 604, 619, 620, 639, 701, 813, 815, 829.

Digitized by Google

cée (§ 621). La portée de ces décisions dépasse, en effet, celle d'une simple mesure d'instruction, et par suite il a paru utile à l'intérêt des parties et à la marche de la procédure que l'autorité n'en fût pas indéfiniment tenue en suspens. Le recours est alors appelé recours immédiat (*sofortige Beschwerde*); et il n'y peut être statué que par le tribunal supérieur, le tribunal qui a rendu la décision attaquée n'ayant pas alors le pouvoir de la modifier (§ 530-540).

LIVRE IV. — De la reprise de la procédure (*Wiederaufnahme der Verfahrens*).

Sous ce titre, le Code s'occupe de deux actions spéciales, que l'on pourrait qualifier de voies de recours extraordinaires, et qui, tout en reposant sur des fondements différents, tendent au même but : faire tomber en tout ou en partie un jugement rendu sur le fond et passé en force de chose jugée, et, par suite, faire rouvrir le débat au fond pour y statuer par un jugement nouveau : ce sont l'action en nullité du jugement (*Nichtigkeitsklage*) et l'action en restitution (*Restitutionsklage*) ou mieux, la restitution en entier contre la chose jugée. Elles peuvent être réunies dans une même instance; mais il doit alors être sursis aux débats et au jugement sur la demande en restitution jusqu'à ce que le jugement sur la demande en nullité ait été rendu et soit passé en force de chose jugée.

La nullité peut être proposée : 1° quand le tribunal qui a connu de l'affaire n'était pas régulièrement composé; 2° quand le jugement a été rendu avec le concours d'un juge qui pouvait être récusé et ne l'a pas été; 3° quand un juge contre lequel la récusation avait été admise pour cause de suspicion légitime a néanmoins concouru au jugement; 4° quand une partie n'a pas été régulièrement représentée, si d'ailleurs elle n'a pas approuvé la procédure expressément ou tacitement.

Les causes de restitution sont aussi indiquées limitativement. Elles supposent que le jugement a été rendu sur pièces fausses, ou à la suite d'un faux serment prêté par la partie adverse ou par un témoin ou un expert; ou que le jugement a été provoqué par un fait de la partie adverse ou de son représentant, ou une forfaiture du juge, donnant ouverture à une peine de droit criminel;

Digitized by Google

ou enfin que la partie a pu découvrir, depuis la décision du procès, un jugement rendu dans la même affaire et précédemment passé en force de chose jugée, ou un document qui aurait amené une décision plus avantageuse pour elle.

L'une et l'autre actions sont portées, en principe, devant le tribunal qui a rendu le jugement attaqué. Cette règle souffre cependant deux exceptions. L'affaire est portée au tribunal d'appel, lorsque le demandeur attaque en même temps plusieurs jugements rendus dans la même affaire, et dont l'un l'a été en instance d'appel. Le tribunal d'appel est aussi compétent, en général, pour statuer sur la demande en restitution dirigée contre des jugements rendus dans l'instance de révision; le tribunal de révision doit, en effet, admettre les faits déclarés constants par le tribunal d'appel; or, c'est précisément la décision rendue sur ces faits que la demande en restitution tend à faire modifier. Au contraire, le tribunal de révision est compétent sur la demande en nullité et sur la demande en restitution motivée par le dol de la partie ou la forfaiture du juge.

La nullité ou la restitution doivent être demandées, à peine de déchéance, dans le mois à compter du jour où la partie a eu connaissance des circonstances qui y donnent ouverture. Elles ne peuvent, dans aucun cas, être proposées avant que le jugement ait acquis l'autorité de la chose jugée, ni plus de cinq ans après cette époque (§§ 541-554).

LIVRE V. — De la procédure sur titres ou sur lettres de change. (*Urkunden und Wechselprozess*).

L'ancien droit germanique accordait aux titres une sorte de voie parée, soit qu'ils renfermassent la clause d'exécution parée ou simplement qu'ils établissent avec certitude l'objet et le montant de la dette et l'époque de son exigibilité. Conformément au même principe, mais en en restreignant l'application, le Code de procédure autorise aussi une procédure plus rapide et plus sommaire à l'égard des créances fondées sur titres authentiques ou sous sous-seing privé, ou sur lettres de change, et ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent déterminée, ou la prestation d'une quantité déterminée d'autres choses fongibles ou de

Digitized by Google

valeurs (§ 555); il admet de plus l'exécution forcée, lorsque, dans le titre, le débiteur s'y est expressément soumis (§ 702, 5°). Le défendeur ne peut, en opposant des exceptions dilatoires, refuser de plaider au fond ; le tribunal peut toutefois ordonner que ces exceptions feront l'objet de débats séparés. Aucune demande reconventionnelle n'y est non plus admise. La preuve ne peut être faite que par titres ou par le serment décisoire, qui est déféré par un jugement à fin de preuve. Le demandeur peut du reste, sans l'assentiment du défendeur, et jusqu'à la fin du débat oral, se désister de la procédure sur titres, pour continuer l'instance dans les formes de la procédure ordinaire. Si le tribunal reconnaît que la demande n'est pas justifiée au fond, il en déboute le demandeur; son jugement a le même effet que s'il avait été rendu dans la procédure ordinaire. S'il juge qu'il n'y avait pas lieu à la procédure sur titres, ou que le demandeur n'a pas fourni la preuve exigée dans cette procédure, la demande est déclarée non recevable en la forme suivie par le demandeur, sauf à celui-ci à la reproduire dans la forme ordinaire. Le tribunal reconnaît-il, au contraire, que la demande est régulière en la forme et justifiée au fond, il condamne le défendeur sur la foi des titres produits; la condamnation est prononcée purement et simplement, si le défendeur n'a pas élevé de contestation ; au cas contraire, le tribunal lui réserve, même d'office, la faculté de faire valoir ses droits; le jugement de condamnation est néanmoins considéré comme un jugement définitif et il est exécutoire par provision (§ 648, 4°). Lorsque la faculté de faire valoir ses droits a été réservée au défendeur, le débat reste pendant, pour être suivi dans la forme ordinaire : si les exceptions et les moyens de défense qu'il produit justifient sa résistance, le jugement rendu dans la procédure sur titres est rapporté, le demandeur est débouté de sa demande, et condamné aux frais en tout ou en partie, et, s'il y a lieu, à la restitution de ce qui lui a été payé ou livré en vertu du premier jugement (§§ 556-564).

La procédure sur lettres de change (*Wechselprozess*) n'est qu'une espèce particulière de la procédure sur titres, soumise pour la compétence et les délais d'ajournement, à quelques règles spéciales (§§ 565-567).

Digitized by Google

LIVRE VI. — Des affaires en matière de mariage ou en matière d'interdiction.

Les affaires en matière de mariage comprennent les demandes en divorce ou en séparation temporaire d'habitation (la séparation de corps permanente a été abolie par la loi du 6 février 1875, sur l'état civil, qui lui a substitué le divorce); — les demandes en rétablissement de la vie commune; — les demandes en nullité de mariage. L'intervention du ministère public comme partie jointe est admise dans toutes les demandes de cette nature; il peut, de plus, agir comme partie principale, pour demander la nullité du mariage. Les demandes en divorce ou en rétablissement de la vie commune sont nécessairement précédées d'une tentative de conciliation, à l'effet de laquelle les parties sont tenues de se présenter en personne devant le juge de bailliage; le tribunal peut aussi, lorsqu'une réconciliation lui paraît possible, remettre d'office la cause à un délai d'un an au plus (§§ 568-592).

Les formes à suivre pour arriver à l'interdiction soit pour cause de démence ou pour cause de prodigalité, participent tout à la fois de celles de la juridiction gracieuse et de celles de la juridiction contentieuse. L'interdiction est prononcée par le tribunal de bailliage, sur la demande des personnes ayant qualité à cet effet. Il est procédé sans publicité et sans plaidoirie : toutefois la personne à interdire doit être interrogée; des médecins experts sont appelés à assister à cet interrogatoire; le tribunal doit aussi recueillir d'office toutes les informations utiles pour l'éclairer sur l'état mental de la personne à interdire. La décision est notifiée tant au demandeur qu'au ministère public; si elle prononce l'interdiction, elle est de plus notifiée à l'autorité chargée des tutelles; elle produit effet à dater du jour de cette notification. Le pourvoi immédiat est ouvert au demandeur et au ministère public contre la décision qui a rejeté la demande. Lors, au contraire, que l'interdiction a été prononcée, la décision du tribunal du bailliage peut être attaquée par voie d'action devant le tribunal régional, qui statue dans la forme ordinaire.

Des règles analogues s'appliquent à la main-levée de l'interdiction pour cause de prodigalité (§§ 593-627).

Digitized by Google

LIVRE VII. — DE LA PROCÉDURE PAR VOIE DE SOMMATION (*Mahnverfahren*).

La sommation prévue dans cette procédure consiste dans un commandement ou ordre de paiement (*Zahlungsbefehl*) délivré par le tribunal de bailliage à la demande du créancier, lorsque celui-ci justifie de la liquidité et de l'exigibilité de la créance, et que cette créance a pour objet une somme d'argent déterminée ou une quantité déterminée de choses fongibles ou de valeurs. A défaut d'opposition de la part du débiteur en délai utile, l'ordre de paiement est déclaré exécutoire par provision ; il obtient ainsi l'effet d'un jugement définitif rendu par défaut et sanctionné par l'exécution provisoire ; le débiteur est censé avoir reconnu la dette et n'avoir moyen d'y contredire. La loi réserve toutefois à ce dernier le droit de former opposition soit à l'ordre de paiement, soit à l'ordonnance d'exécution. Si la somme réclamée ne dépasse pas le taux de la compétence du tribunal de baillage, l'opposition à l'ordre de paiement a pour résultat de réduire l'effet de cet ordre à celui d'une assignation, sur laquelle il est statué par ce tribunal dans la forme ordinaire ; au cas contraire, le débiteur doit saisir la juridiction compétente, dans le délai de six mois. L'ordre de paiement est par suite appelé conditionnel (*bedingter Zahlungsbefehl*), puisqu'il est subordonné dans ses effets à l'opposition ou au défaut d'opposition de la part du débiteur. L'opposition est recevable jusqu'à l'ordonnance d'exécution. Le débiteur peut aussi, dans un délai de deux semaines, former opposition à cette ordonnance, et remettre ainsi en question non-seulement l'ordonnance elle-même, mais encore l'ordre de paiement auquel elle s'applique. L'ordre de paiement est, de plus, sujet à péremption, si le créancier n'a pas demandé l'ordonnance d'exécution dans les six mois, à dater de l'expiration du délai intimé au débiteur pour s'acquitter de sa dette (§§ 628-643).

LIVRE VIII. — DE L'EXÉCUTION FORCÉE.

Le Code a tracé d'abord un certain nombre de règles générales sur les titres qui peuvent servir de fondement à l'exécution forcée, sur la manière dont il y est procédé, sur le règlement des difficultés auxquelles elle peut donner lieu. Il détermine ensuite

Digitized by Google

les formes particulières à observer suivant la nature de l'objet, ou celle des biens sur lesquels l'exécution est poursuivie. Il s'est préoccupé aussi du cas où le débiteur dissimulerait tout ou partie de ses biens, et des mesures provisoires qu'il peut y avoir lieu d'autoriser.

Dispositions générales. — L'exécution forcée (*Zwangsvollstreckung*) a lieu en vertu des jugements définitifs passés en force de chose jugée, ou déclarés exécutoires par provision, dans les cas où la loi prescrit ou permet au juge d'autoriser l'exécution provisoire. Elle n'est pas suspendue par l'introduction de la demande de restitution en entier ou de la demande en nullité du jugement; le tribunal saisi de ces demandes peut néanmoins ordonner qu'il sera sursis à l'exécution, ou qu'elle ne sera continuée qu'à charge de fournir caution.

Les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent être exécutés qu'après qu'ils ont été déclarés exécutoires, après assignation et plaidoirie, par un tribunal allemand compétent à raison de l'objet de la demande et du domicile du défendeur; l'exécution ne peut avoir lieu qu'autant que le jugement allemand est passé en force de chose jugée ou déclaré exécutoire par provision. Elle est ordonnée sans révision au fond. Elle est refusée lorsque le jugement étranger a été rendu par un tribunal incompétent, d'après les dispositions de la loi allemande, ou qu'il n'a pas encore l'autorité de la chose jugée d'après la loi du pays où il a été rendu; elle est refusée également lorsque le jugement condamne à l'accomplissement d'un acte non susceptible de contrainte d'après la loi allemande, ou que le débiteur condamné, étant de nationalité allemande, n'a pas défendu au procès, à moins que l'assignation n'ait été remise à sa personne; l'exécution n'est ordonnée enfin qu'autant que la réciprocité est garantie.

Aux jugements définitifs passés en force de chose jugée, le Code assimile sous certaines réserves, en vue de l'exécution forcée, les titres suivants, savoir : les transactions intervenues devant un tribunal allemand, au cours d'une instance pendante, et pour mettre fin en tout ou en partie à la contestation; — les transactions intervenues sur citation en conciliation devant le tri-

Digitized by Google

bunal de bailliage ; — les décisions sujettes au pourvoi devant le tribunal immédiatement supérieur, après l'expiration du délai du pourvoi, et sous réserve des cas exceptionnels où ce pourvoi est suspensif; — les ordonnances d'exécution rendues dans la procédure par voie de sommation ; — les actes reçus dans la forme légale par un tribunal allemand ou un notaire allemand dans les limites de sa compétence, lorsqu'ils ont pour objet le paiement d'une somme d'argent déterminée, ou la prestation d'une quantité déterminée de choses fongibles ou de valeurs, et que le débiteur s'est expressément soumis dans l'acte à l'exécution forcée immédiate.

L'exécution se fait sur l'initiative et sous la direction du créancier. Mais, pour faciliter la solution des difficultés auxquelles elle peut donner lieu, le Code attribue un pouvoir de surveillance autant que de juridiction au tribunal de bailliage dans le ressort duquel la poursuite s'exerce : ce tribunal est appelé à ce point de vue, tribunal d'exécution (*Vollstreckungsgericht*). Il est exclusivement compétent pour ordonner les actes d'exécution, lorsque l'intervention du juge y est exigée, et pour statuer sur les demandes, réclamations et observations relatives au mode de l'exécutiou forcée ou à la procédure qui doit être suivie à cet égard par l'huissier ; il peut ordonner qu'il sera sursis à l'exécution avec ou sans caution, ou que les poursuites ne seront continuées qu'à charge de fournir caution. Il statue sans plaidoirie, et sauf le recours immédiat (*sofortige Beschwerde*) devant le tribunal immédiatement supérieur. Quant aux réclamations qui touchent au fond du droit, elles ne peuvent être portées que devant le tribunal qui a compétence d'après les règles ordinaires ; elles ne sont recevables, d'ailleurs, que si le fait libératoire invoqué par le débiteur (paiement, transaction, compensation etc.), est intervenu depuis le jugement dont l'exécution est poursuivie. Les tiers qui prétendent sur l'objet saisi un droit de propriété, de gage, d'usufruit, ou autre semblable, susceptible d'en empêcher l'aliénation, doivent aussi se pourvoir non devant le tribunal d'exécution, mais bien devant le tribunal compétent *ratione materiæ* dans le ressort duquel l'exécution est poursuivie (§ 644-707).

Digitized by Google

De l'exécution forcée sur les biens meubles ou immeubles. — En ce qui concerne les formes de l'exécution forcée sur les immeubles, et la détermination des biens qui peuvent y être soumis, le Code s'en rapporte aux lois en vigueur dans les différents Etats allemands. Il s'est borné à régler la compétence : c'est au tribunal de bailliage de la situation de l'immeuble qu'il appartient d'ordonner l'exécution forcée, à la demande du créancier (§§ 755-757).

A l'égard des meubles, l'exécution forcée se fait par la voie de la saisie. Le nom même qu'on lui donne (*Pfaendung*) et les effets qui lui sont attribués rappellent la *pignoris capio* du droit romain ; le créancier saisissant obtient sur l'objet saisi un droit de gage analogue à celui qui résulte du nantissement; il est préférable à tous les créanciers, même privilégiés, qui ne sont pas nantis, et spécialement à ceux qui n'ont saisi qu'après lui (§§ 708-710).

La saisie mobilière (§§ 711-754) comprend quatre espèces ou variétés ; les deux premières correspondent à la saisie-exécution et à la saisie-brandon du droit français ; il n'y a pas lieu de s'y arrêter spécialement; les deux autres sont celles qui ont pour objet soit des valeurs mobilières, soit des créances ou autres droits incorporels.

En cas de saisie d'une valeur mobilière cotée à la Bourse, l'huissier la vend de gré à gré, au cours du jour ; les valeurs non cotées sont vendues aux enchères dans la forme ordinaire (§ 722).

La saisie d'une créance peut être comparée à la saisie-arrêt du droit français. Elle consiste en ce que le tribunal d'exécution fait défense au tiers-débiteur de s'acquitter entre les mains du débiteur et à celui-ci de disposer de la créance, et spécialement d'en recevoir le paiement; elle est opérée par la signification de l'ordonnance du juge au tiers saisi. Lorsque la créance saisie porte sur une somme d'argent, elle est déléguée au créancier, pour en poursuivre le recouvrement, ou, à son choix, la recevoir en paiement pour sa valeur nominale, et jusqu'à due concurrence. Lorsque la créance est saisie à la diligence de plusieurs créanciers, le tiers-saisi peut consigner le montant de la dette; cette consignation opère sa libération (§§ 729-743, 750).

Digitized by Google

Le créancier porteur d'un titre exécutoire peut, avant la saisie, et en annonçant l'intention d'y faire procéder, faire opposition au paiement par le tiers-débiteur, et sommation au débiteur de s'abstenir de recevoir le paiement ou de disposer de la créance. L'opposition produit le même effet que la contrainte réglée par les §§ 810 et suivants, pourvu que la saisie de la créance soit opérée dans un délai de trois semaines (§ 744).

Lorsque la créance saisie a pour objet une chose corporelle mobilière ou immobilière, cette chose est remise par l'ordre du juge à un huissier ou à un séquestre, et la vente en est poursuivie dans les formes prescrites pour la saisie-exécution ou pour la saisie des immeubles. La délégation au créancier saisissant n'est point ici admise (§§ 745-748).

De la procédure de distribution (Vertheilungsverfahren). — Il y a lieu à cette procédure, lorsque, à la suite de l'exécution sur les meubles, il a été consigné une somme insuffisante pour désintéresser tous les créanciers saisissants ou opposants. Après examen des pièces produites, le juge dresse un état de distribution; il fait convoquer les parties intéressées pour entendre leurs observations ; s'il ne s'élève pas de contredit, l'état est mis à exécution. S'il se produit une contestation et qu'elle soit reconnue fondée par les créanciers présents, ou qu'il intervienne entre eux un arrangement, l'état est rectifié en conséquence; au cas contraire, la contestation est renvoyée devant la juridiction compétente, l'état recevant d'ailleurs exécution au surplus. Le créancier contestant est tenu de se pourvoir dans le délai d'un mois ; s'il reconnaît que le contredit est fondé, le tribunal décide à quels créanciers sera versée la partie de la masse sur laquelle a porté la contestation ; suivant les circonstances, il ordonne que la distribution sera rectifiée ou recommencée, ou y procède lui-même dans son jugement. Faute par le créancier contestant de se pourvoir dans le délai qui lui est donné à cet effet, il est passé outre à l'exécution de l'état de distribution; le créancier conserve néanmoins la faculté de poursuivre son droit par voie d'action principale contre les créanciers payés en vertu de l'état de distribution (§§ 758-768).

Quelques règles spéciales s'appliquent à l'exécution forcée

Digitized by Google

tendant à obtenir la délivrance d'une chose corporelle ou l'accomplissement d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Si la chose est mobilière, elle est par l'huissier enlevée au débiteur et remise au créancier ; si c'est un immeuble, l'huissier en met le créancier en possession ; si la chose est aux mains d'un tiers, l'action du débiteur aux fins de délivrance est déléguée au créancier. L'obligation de faire ou de ne pas faire est sanctionnée par une contrainte pécuniaire dont le maximum est fixé à quinze cents marcs (1875 fr.), et par l'emprisonnement pour une durée de six mois au plus, sans préjudice aux dommages-intérêts qui peuvent être réclamés par le créancier. Lorsque le fait dû peut être accompli par un tiers, le créancier peut aussi être autorisé à faire exécuter l'obligation aux frais du débiteur (§§ 769-779).

Du serment de manifestation et de l'emprisonnement. — Si les objets mobiliers saisis ne suffisent pas pour désintéresser le créancier, il peut exiger que le débiteur présente un état de ses biens et de ses créances, et en affirme la sincérité, en jurant « qu'il a fourni l'état complet de ses biens, et qu'il n'y a rien omis sciemment » (§ 711). Ce serment est appelé serment de manifestation (*Offenbarungseid*). Un serment analogue est imposé au débiteur, lorsque l'on ne retrouve pas chez lui un objet mobilier dû et dont l'exécution forcée tend à faire obtenir la remise ; le débiteur est tenu alors de jurer « qu'il ne possède pas la chose, et qu'il ne sait pas où elle se trouve » (§ 769).

L'obligation de prêter le serment de manifestation est sanctionnée par l'emprisonnement, pour une durée de six mois au plus, dans un local où ne se trouvent pas en même temps des individus détenus préventivement ou condamnés (§§ 780-783, 785-794).

Le débiteur qui a prêté le serment ou subi, à raison de son refus, l'emprisonnement pendant six mois, ne peut être recherché de nouveau aux fins de prestation de serment, même par un autre créancier, à moins qu'il ne lui soit survenu des ressources nouvelles (§§ 784-795).

De la contrainte et des mesures provisoires. — La contrainte (*Arrest*) est une sorte d'exécution anticipée que la loi autorise plutôt pour donner une sûreté au créancier que pour lui faire

Digitized by Google

obtenir son paiement. Elle est admise sur les biens, lorsqu'il y a juste sujet de craindre qu'ils soient soustraits à l'action du créancier, et qu'ainsi l'exécution soit rendue illusoire ou plus difficile ; sur la personne, lorsque la contrainte sur les biens n'offre pas de sûreté suffisante, et qu'il y a lieu de craindre que le débiteur n'abuse de sa liberté personnelle pour rendre vaines ou beaucoup plus difficiles les poursuites de ses créanciers. Elle n'a lieu que pour les créances de sommes d'argent ou de prestations susceptibles de se transformer en une créance de somme d'argent; elle est admise même pour les créances à terme, et n'exige pas de titre exécutoire.

La contrainte est autorisée par une décision qui peut être rendue sans plaidoirie soit par le tribunal saisi de la contestation quant au fond, soit par le tribunal de bailliage dans le ressort duquel se trouvent la chose à saisir ou la personne du débiteur ; cette décision peut être frappée d'opposition, sans que néanmoins l'opposition empêche l'exécution. La contrainte s'exécute au moyen de la saisie de la chose dans les formes prescrites soit pour la saisie mobilière ou pour la saisie immobilière; et, à l'égard de la personne, au moyen de l'emprisonnement ou des autres mesures que le tribunal a déterminées. Le créancier obtient un droit de gage sur les meubles saisis ; il ne peut toutefois faire procéder à la vente, ni se faire déléguer la créance saisie, avant d'avoir obtenu un jugement de condamnation, susceptible de servir de fondement à l'exécution forcée ; la vente peut aussi être autorisée par le juge lorsque les meubles saisis sont sujets à dépérir ou dispendieux à conserver; dans ce cas, le prix provenant de la vente est consigné. S'il n'y a pas d'instance pendante sur le fond, le tribunal qui a autorisé la contrainte intime au demandeur un délai pour introduire son action aux fins de condamnation ; faute par le demandeur de se pourvoir dans ce délai, il est donné mainlevée de la contrainte; il en est de même, si les circonstances à raison desquelles il y avait lieu à la contrainte ont cessé d'exister, ou si le débiteur consigne somme suffisante, ou fournit d'autres sûretés qu'il appartient au tribunal de déterminer (§§ 796-813).

Lorsqu'il y a sujet de craindre que, par suite d'une modifica-

Digitized by Google

tion dans l'état de l'objet litigieux, la poursuite des droits d'une partie devienne impossible ou beaucoup plus difficile, le tribunal peut ordonner telles mesures provisoires qu'il juge utiles ; en cas d'urgence, il peut statuer sans plaidoirie. Le tribunal compétent est celui auquel appartient la connaissance du fond de l'affaire. Le tribunal de bailliage dans le ressort duquel se trouve l'objet litigieux peut aussi, en cas d'urgence, ordonner une mesure provisoire, à charge par le demandeur de se pourvoir dans un bref délai devant le tribunal compétent sur le fond, pour plaider sur la validité de la mesure ordonnée (§§ 814-821).

Dans les cas qui requièrent célérité, le président peut statuer seul, au lieu et place du tribunal, sur toutes les demandes mentionnées plus haut, et qui n'exigent pas de débat oral préalable (§ 822).

LIVRE IX. — DE LA PROCÉDURE PROVOCATOIRE (*Aufgebotsverfahren*).

Le droit commun germanique ne permet que dans un petit nombre de cas, d'adresser aux parties intéressées une sommation publique pour les mettre en demeure de produire leurs réclamations ou de faire valoir leurs droits dans un délai fixé, sous peine de déchéance. La pratique et les législations spéciales aux différents pays ont étendu l'application de cette procédure provocatoire. Le Code de procédure en maintient le principe dans tous les cas déterminés par les lois spéciales ; il n'intervient que pour en régler les formes. La sommation (*Aufgebot*) prévue par la loi est publiée au moyen d'une affiche apposée dans l'auditoire du tribunal et d'une insertion dans le *Journal officiel* de l'Empire d'Allemagne (*Deutscher Reichsanzeiger*) ; elle indique un délai de six semaines au moins ; à l'expiration de ce délai, et s'il y est conclu, la forclusion est prononcée à l'égard de toute réclamation qui n'a pas été formulée dans le temps fixé, ou tout au moins avant le jugement ; si, au contraire il se produit quelque réclamation, le tribunal peut ou bien la réserver dans le jugement de forclusion, ou surseoir à prononcer jusqu'à ce qu'il y ait été statué par jugement définitif. La procédure peut aussi, même en l'absence de production, être remise, si le demandeur le requiert ; mais elle est périmée après six mois. Le pourvoi

Digitized by Google

immédiat devant le tribunal immédiatement supérieur est ouvert contre le jugement qui rejette les conclusions tendantes à la forclusion ; il l'est aussi, à raison des restrictions ou réserves insérées au jugement. Au contraire, aucun recours n'est admis contre le jugement qui prononce la forclusion. L'annulation en peut toutefois être demandée par action principale dans certains cas énumérés par le Code, et qui supposent soit un vice de forme, soit un fait punissable donnant ouverture à la restitution ; l'action est portée devant le tribunal régional; elle doit être intentée dans le mois, à compter du jour où la partie intéressée a eu connaissance du jugement de forclusion; dans aucun cas, elle n'est recevable après dix années révolues depuis ce jugement (§§ 823-836).

Indépendamment des dispositions qui viennent d'être analysées, le Code a édicté quelques règles spéciales pour le cas où la procédure provocatoire tend à prévenir les réclamations qui pourraient être formées en vertu de lettres de change perdues ou détruites ou d'autres titres négociables ou au porteur. La procédure peut être introduite par le dernier porteur, ou par celui qui est fondé à exercer le droit réel ou personnel établi par le titre. Le poursuivant doit fournir une copie du titre, ou du moins en indiquer l'objet ; il doit aussi faire connaître toutes les circonstances qui établissent son droit à la propriété de ce titre, et offrir d'affirmer par serment la vérité de ses allégations. La sommation porte invitation au détenteur du titre de le produire, sous peine de le voir déclaré nul et sans effet ; elle est publiée dans l'auditoire du tribunal, au *Journal officiel* de l'Empire, et de plus à la Bourse, et dans les autres journaux désignés par la loi (§ 187, al. 2) ou par le tribunal ; elle comporte un délai d'au moins six mois. Le jugement de forclusion prononce la nullité du titre perdu, et autorise le poursuivant à faire valoir contre tout débiteur les droits établis par ce titre (§§ 837-850).

LIVRE X. — DE LA PROCÉDURE ARBITRALE (*Schiedsrichterliches Verfahren*).

Dans tous les cas où les parties ont le droit de transiger sur l'objet du différend, il leur est loisible d'en remettre la décision à un ou plusieurs arbitres ; un compromis sur des contestations

Digitized by Google

futures n'est valable qu'autant qu'il porte sur une obligation ou un rapport de droit déterminé et sur les difficultés auxquelles ils pourront donner lieu. L'arbitrage peut aussi être établi par des dispositions de dernière volonté.

Le compromis ne désigne pas nécessairement les arbitres. S'il n'en a été décidé autrement, chaque partie nomme un arbitre ; la partie la plus diligente fait connaître par écrit à son adversaire celui qu'elle a choisi, en le sommant de désigner, de son côté, son arbitre dans le délai d'une semaine ; à défaut de nomination dans ce délai, il y est pourvu par le tribunal. Les arbitres peuvent être récusés pour les mêmes motifs que les juges, et, de plus, pour diverses autres causes que la loi a prévues.

Les arbitres déterminent eux-mêmes, à défaut de convention entre les parties, les formes de la procédure à suivre devant eux ; dans tous les cas ils entendent les parties, et recueillent tous renseignements utiles pour éclairer leur décision. Ils peuvent aussi entendre les témoins ou les experts qui comparaissent volontairement devant eux, mais ils ne peuvent ni les faire citer, ni recevoir leur serment ; les actes judiciaires que les arbitres n'ont pas qualité pour accomplir sont faits par le tribunal compétent, à la demande de l'une ou de l'autre des parties. A moins de stipulation contraire dans le compromis, et si d'ailleurs leur nombre le comporte, les arbitres statuent à la majorité ; en cas de partage, leur mission expire. La sentence arbitrale est motivée ; elle est déposée au greffe du tribunal compétent, et notifiée aux parties. Elle produit entre les parties l'effet d'un jugement passé en force de chose jugée ; elle n'est donc susceptible d'aucun recours, nonobstant toute stipulation ou convention contraire. Elle ne devient toutefois exécutoire qu'autant que l'exécution en a été autorisée par un jugement d'exequatur.

La nullité de la sentence arbitrale peut être demandée pour la plupart des causes qui autorisent la restitution contre les jugements définitifs passés en force de chose jugée ; elle peut aussi l'être dans les cas suivants : si la procédure arbitrale n'était pas admissible dans l'espèce ; — si la sentence condamne une partie à l'accomplissement d'un fait illicite ; — si la partie n'a pas été légalement représentée ; — si elle n'a pas été entendue ; — si la sen-

Digitized by Google

tence n'est pas motivée. Le jugement d'exequatur ne doit pas être rendu s'il existe un motif d'annulation. Toutes les causes d'annulation peuvent être proposées avant ce jugement; elles peuvent l'être aussi dans la procédure tendante à l'obtenir; mais, une fois ce jugement rendu, comme la partie a été mise à même de produire ses moyens, elle ne peut plus invoquer d'autres causes de nullité que celles qui sont susceptibles de fonder une demande en restitution. Dans ce cas, la nullité de la sentence doit être demandée, à peine de déchéance, dans le mois à compter du jour où la partie a eu connaissance du jugement d'exequatur; elle n'est recevable ni avant que ce jugement ait acquis l'autorité de la chose jugée, ni après l'expiration de dix ans depuis ce même moment. L'annulation de la sentence arbitrale entraîne celle du jugement d'exequatur.

La connaissance des demandes sur lesquelles la justice ordinaire peut être appelée à prononcer à l'occasion du compromis, et spécialement de la demande d'exequatur et de la demande en nullité de la sentence arbitrale, appartient au tribunal cantonal ou régional désigné par les parties dans le compromis et, à défaut de compromis, à celui qui serait compétent sur le fond, si la réclamation était poursuivie en justice (§§ 851-872).

E. LEDERLIN.

UN MARIAGE CANONIQUE DEVANT LA JURIDICTION CIVILE,

Par M. Henri Pascaud, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry.

Les annexions, si importantes au point de vue des intérêts politiques, n'ont pas une importance moins considérable en ce qui concerne les intérêts privés. Sur ce terrain, elles produisent parfois des conséquences qui, au premier abord, semblent étranges. A moins en effet que le législateur, sans souci du passé et des droits acquis, ne veuille attribuer un effet rétroactif aux lois, qui règlementent ces réunions de territoire, le juge qui, est tenu d'observer le principe de la non-rétroactivité dans l'appréciation des contrats formés sous le régime légal antérieur, doit appliquer la législation en vigueur avant l'annexion, si peu conforme qu'elle soit à nos mœurs et à notre état social. C'est ainsi que dans notre pays où le mariage est sécularisé depuis

Digitized by Google

plus de 90 années, la Cour d'appel de Chambéry vient tout récemment d'avoir à connaître d'une demande en nullité d'une union contractée sous l'empire des lois sardes, alors que les questions matrimoniales étaient exclusivement régies par le droit ecclésiastique, et qu'on a vu la juridiction civile appelée à statuer sur la validité d'un mariage canonique.

I.

Le 21 avril 1855, quelques années avant la réunion de la Savoie à la France, le baron de V..., officier dans l'armée sarde, a épousé à Savigliana (province de Turin) la demoiselle G... de G... Conformément au Code civil albertin alors en vigueur, ce mariage a été célébré devant le curé de la paroisse, car la législation sarde n'admettait que le mariage religieux. L'union ainsi contractée n'a pas été heureuse : les deux époux n'ont pas eu d'enfant. La dame de V... a toujours soutenu que son mariage était nul, parce que son consentement n'avait pas été libre et qu'elle avait en le donnant cédé aux obsessions de sa mère, Mme la comtesse G... de G... Cette dernière n'aurait agi de la sorte, a-t-on dit, que pour dissimuler les relations qu'elle entretenait avec celui à qui elle sacrifiait sa fille. Après un certain temps, Mme de V..., devenue folle, a été internée à la requête et aux frais de son mari dans l'asile du Bon-Pasteur, à Turin. En 1881, celui-ci, malgré le changement de législation amené par l'annexion, a cru devoir saisir la Cour de Rome d'une demande en nullité de mariage fondée sur le défaut de consentement libre de sa femme et sur l'affinité illicite au premier degré résultant des relations coupables qu'il avait eues avant ledit mariage avec la comtesse G..... sa belle-mère future. Vraisemblablement le demandeur, en suivant cette procédure, a obéi à des scrupules de conscience, car il n'est pas douteux qu'au point de vue purement civil la décision des juges ecclésiastiques n'avait aucune espèce de valeur juridique.

Une longue et minutieuse enquête, où l'on a entendu sous la foi du serment de nombreux témoins et même le baron de V..., conformément à la législation canonique, a eu lieu devant l'archevêque de Turin, spécialement délégué par la Cour de

Digitized by Google

Rome. Puis, le procès s'est poursuivi devant la sacrée congrégation du Concile, on a nommé d'office un avocat en qualité de *défenseur du lien conjugal*, et après une discussion aussi complète que possible, l'action du demandeur a été repoussée. Ce dernier a obtenu de faire procéder à une nouvelle enquête, des débats approfondis sont engagés pour en déterminer la portée, et c'est alors que, revenant sur sa première décision, la sacrée congrégation a prononcée la nullité du mariage de M. de V... les 7 février et 7 avril 1883, en la motivant sur l'existence des empêchements dirimants ci-dessus énoncés.

A la suite de ces faits, le demandeur a assigné sa femme devant le tribunal de Saint-Julien, lieu de son domicile, pour voir déclarer nulle l'union par eux contractée en 1855. Conformément aux dispositions de la loi de 1838 sur les aliénés, la défenderesse a été pourvue d'un mandataire spécial, M. P..., chargé de la représenter en justice, et celui-ci a été ajourné en sa qualité par devant le tribunal. M. P..., après avoir tout d'abord combattu la demande, a pris le parti de s'en rapporter à droit. M. de V..... a offert à sa femme une pension de 4,000 francs pour assurer l'entretien de celle-ci dans l'établissement du Bon-Pasteur à Turin. Puis, il a produit aux débats, à titre *de documents*, toutes les pièces de la procédure ecclésiastique et a articulé, en tant que de besoin, quatre faits pour établir l'existence des empêchements dirimants. Le mandataire judiciaire a demandé acte des offres du baron de V... et conclu en 10,000 francs de dommages-intérêts au profit de la défenderesse.

C'est en cet état que la cause a été portée devant les magistrats de Saint-Julien. M. le Procureur de la République ne s'est pas opposé à l'admission de la demande, et le tribunal l'a accueillie par jugement du 15 janvier 1884. Cette décision a admis la nullité du mariage pour cause de vice du consentement de l'épouse et pour affinité illicite au premier degré, a appliqué les principes du droit sarde et du droit canonique, et retenu comme suffisamment probants les documents produits. Acte a été donné de l'offre de pension de 4,000 francs faite par le demandeur, et la défenderesse enfin a été déboutée de sa demande en dommages-intérêts. M. le Procureur général Lasserre, à la date du 12 mars,

Digitized by Google

a interjeté appel du jugement, et après d'assez longues évolutions de procédure, l'affaire est venue au mois de janvier 1885 devant la Cour de Chambéry.

II.

Le ministère public a-t-il eu qualité pour appeler de la décision du tribunal de Saint-Julien ? Cette question des plus délicates et des plus controversées a soulevé une longue discussion devant les juges du second degré. Le demandeur a conclu à la non-recevabilité de l'appel, la défenderesse s'en est rapportée à justice.

Trois moyens ont été présentés par le baron de V... à l'appui de ses conclusions : 1° La loi sarde, seule applicable à un mariage conclu en 1855, alors qu'elle était encore en vigueur, n'accordant pas au ministère public le droit de demander la nullité d'un mariage, et par suite, le droit d'interjeter appel pour en faire prononcer la validité, M. le Procureur général devait être déclaré non-recevable en son action ; 2° En supposant qu'il y eût lieu d'appliquer la loi française, cette loi n'accordait pas davantage au ministère public la faculté d'intervenir d'office par action principale et par voie d'appel à l'effet de demander la réformation d'un jugement qui avait admis la nullité d'un mariage ; 3° Le droit d'appel, en supposant qu'il appartînt aux officiers du parquet, ne pouvait être exercé par le Procureur général du moment où le Procureur de la République près le tribunal de première instance s'était abstenu d'en user.

La première fin de non recevoir opposée par l'intimé au ministère public semblait tout d'abord de nature à produire une certaine impression sur l'esprit des magistrats d'appel. M. de V... soutenait que la question à trancher, celle de savoir quelles personnes ont qualité pour demander la nullité d'un mariage, n'est pas une simple question de procédure, qu'elle touche au fond même du droit et par conséquent que le Code civil albertin en vigueur au moment où le mariage avait été célébré devait seul être applicable. Sous cette législation, disait-il, le ministère public n'avait aucun droit de faire prononcer par voie d'action principale la nullité ou la validité d'un mariage. Tout ce qui était relatif aux mariages, à leur célébration, aux empêchements diri-

Digitized by Google

mants ou prohibitifs qui pouvaient les vicier, à leur nullité et à leur validité, ressortissait aux tribunaux ecclésiastiques en vertu des articles 108 et 144 du Code civil sarde de 1838, et ces dispositions étaient encore intactes en 1855, malgré la loi *Sicardi* qui, en 1850, avait aboli le privilège du *for ecclésiastique*. Les sujets sardes se trouvaient donc régis par le droit canonique à l'époque du mariage de l'intimé. Partant, les membres du parquet ne pouvaient dans l'instance avoir d'autres attributions que celles dont ils étaient investis avant l'annexion. Or, soit le Code civil albertin, soit les lois organiques relatives à l'institution du ministère public (Les Royales constitutions, t. Ier, chapitres XII à XVI, l'édit du 18 septembre 1822, articles 32 à 34, le Code de procédure civile de 1855) ne leur avaient pas conféré dans un intérêt d'ordre public le droit de demander la nullité ou la validité des mariages. Il s'ensuivait tout naturellement que le Procureur général n'était pas recevable en son action.

Le ministère public répondait que s'il n'y avait dans le Code sarde aucune disposition lui donnant la faculté d'agir d'office au civil dans les affaires matrimoniales, cela provenait uniquement de ce que la loi civile n'avait pas eu à règler ce qu'avait réglementé la loi canonique. Sous ce régime, les officialités avaient un ministère public représenté par le promoteur, délégué par l'évêque, investi du droit d'action directe en matière de discipline et de mariage. Au-dessus de l'official, se trouvait le tribunal métropolitain qui connaissait en appel des procès soumis aux officialités et cette haute juridiction était également pourvue d'un promoteur ayant qualité pour agir d'office même contre le gré des parties dans les causes matrimoniales. Enfin, dans l'ordre des juridictions civiles, le ministère public près l'ancien Sénat de Savoie (Cour d'appel ayant en outre des attributions administratives), pouvait interjeter appel comme d'abus dans les procès concernant les mariages, ainsi que cela résultait de l'ouvrage intitulé : *Pratique ecclésiastique*, appellations comme d'abus, § 10 et 11. Le Procureur général, se prétendant substitué à ces promoteurs et membres des parquets du régime sarde, s'attribuait les mêmes droits qu'eux et concluait qu'en vertu de la législation antérieure à l'annexion son action était recevable.

Digitized by Google

Ces arguments invoqués de part et d'autre devaient, à la réflexion, paraître peu topiques. Le tribunal de Saint-Julien, qui était saisi comme tribunal français de la demande en nullité de mariage de M. de V..., ne pouvait statuer qu'avec tous les éléments organiques que lui attribuent les lois de 1810 sur l'administration de la justice, avec le ministère public, par conséquent, lequel fait partie intégrante du tribunal et exerce auprès de lui tous les droits que la loi lui confère, l'action d'office en matière civile notamment, si elle lui est réellement attribuée par notre législation, ainsi qu'on l'examinera ci-dessous. Cette solution s'imposait en vertu de la situation juridique créée par la réunion de la Savoie à la France. Par suite de l'annexion, en effet, les tribunaux français ont été substitués aux tribunaux sardes, et cette substitution a virtuellement équivalu à une loi d'organisation judiciaire qui aurait remplacé une autre loi de même nature. Il est de principe certain que les lois d'organisation judiciaire, au même titre que les lois de procédure et de compétence, ne sont pas soumises à la règle de la non-rétroactivité parce qu'elles concernent la forme de procéder et non point le fond et l'essence du droit. D'où la conséquence que dans l'espèce les nouveaux tribunaux pouvaient fonctionner avec tous leurs éléments sans léser des droits acquis, sans rétroagir dans le sens légal du mot, et qu'ainsi le ministère public a pu figurer dans l'instance avec toutes ses attributions. C'est donc à bon droit que la Cour de Chambéry a écarté ce premier moyen de non-recevabilité.

La loi, dans l'intérêt de l'ordre public, a-t-elle donné aux parquets l'action d'office en matière civile? Il n'est pas douteux que dans une cause qui mettait en question l'inviolabilité du mariage, où la collusion des parties avait pu battre en brêche l'indissolubilité de l'union contractée par les époux, cette question ne se posât dans les conditions les plus favorables. Mais quelles étaient les limites de cette attribution du ministère public, ou, pour mieux dire, sur quels textes pouvait-il l'étayer? Il en invoquait de spéciaux comme l'article 184 du Code civil au titre du mariage, et de généraux comme l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810.

L'article 184 confère aux officiers du parquet le droit de faire

Digitized by Google

prononcer la nullité d'un mariage contracté en violation des articles 144, 147, 161, 162 et 163 du Code civil. Mais de ce droit peut-on tirer la conclusion que le ministère public a la faculté d'interjeter appel d'une décision ayant admis la nullité et de soutenir ensuite la validité devant la juridiction supérieure? Cette question est controversée. Aucun texte du Code civil ne la tranche explicitement, la loi se bornant à attribuer au ministère public le droit de demander la nullité! Or, il est manifeste que ce droit de faire prononcer la nullité n'implique point par lui-même le droit de demander la validité. Autrement tous ceux auxquels l'article 184 du Code civil attribuent le premier de ces droits auraient également qualité pour exercer le second. Toutes les personnes qui y ont intérêt pourraient donc intenter une action en validité devant le second degré de juridiction. Cette conséquence n'est-elle pas pleine d'inconvenients et de périls? Il est vrai que l'intérêt social exige que le ministère public puisse paralyser les effets d'une collusion toujours possible entre des époux désireux de se soustraire à un joug qui leur est devenu insupportable. Aussi, dans la doctrine, Merlin, Delvincourt, Duranton, Vazeilles ont-ils interprété l'article 184 dans le sens le plus favorable au ministère public. Des arrêts de Bruxelles, du 1er août 1808, de Pau du 29 janvier 1809, se sont ralliés à cette interprétation. Mais pour que cette opinion des auteurs et de la jurisprudence que nous venons de citer puisse être adoptée, il est indispensable qu'il y ait eu contravention aux dispositions de la loi civile expressément déterminées. L'affinité illicite au premier degré résultant d'un commerce coupable n'étant pas prohibée par les textes du Code ci-dessus énumérés, car nous n'admettons pas à cet égard l'opinion de quelques jurisconsultes sur l'interprétation extensive qu'il convient de donner à cette expression « alliés en ligne directe » dont se sert l'article 161 du Code civil, il semble peu juridique de puiser dans le texte de l'article 184 le principe d'une action d'office en matière de mariage au profit du ministère public. Ces considérations, toutefois, n'ont exercé aucune influence sur la décision de la Cour d'appel qui s'est prononcée dans le sens du droit du parquet à soutenir la validité d'un mariage.

L'article 46 de la loi du 20 avril 1810 sur l'administration de

Digitized by Google

la justice dispose que : « En matière civile, le ministère public agit dans les cas spécifiés par la loi. — Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. » N'est-ce point dans ce texte sainement interprété que l'on peut trouver la solution du problème qui s'impose à notre examen? Tout permet de le croire. Le législateur a-t-il voulu dire dans le premier paragraphe, que le ministère public aurait l'action d'office dans les cas spécifiés par la loi, et, dans le second paragraphe, qu'il subordonnait les droits du parquet aux dispositions de ce premier alinéa, parce qu'il n'aurait pu à la fin de l'article 46 anéantir ce qu'il avait édicté au commencement? Son intention au contraire n'a-t-elle pas été de donner de l'extension aux attributions du ministère public? La question ne laisse pas d'être délicate. Pour la résoudre, il faut se rappeler les dispositions d'une loi antérieure, la loi des 16-24 août 1790 dont les articles 2 et 5, titre VIII étaient ainsi conçus : « Au civil les commissaires du roi exercent leur mission non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition dans les procès dont les juges seront saisis. Les commissaires du roi, chargés de tenir la main à l'exécution des jugements poursuivront d'office cette exécution dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public. » Cette législation avait été reconnue insuffisante dans la pratique et, c'est, dit-on, pour remédier à son insuffisance, que le législateur de 1810 a élaboré un texte plus complet. L'article 46 de la loi du 20 avril comprend deux dispositions distinctes. La première rappelle les droits antérieurement conférés au ministère public; la seconde crée un droit nouveau au profit du parquet auquel elle attribue l'action d'office pour l'exécution des lois d'ordre public. Ces deux dispositions, indépendantes l'une de l'autre, se concilient et se complètent réciproquement. Le premier paragraphe de l'article 46, vu le caractère organique de la loi de 1810, édicte que les pouvoirs spéciaux du ministère public ne peuvent s'exercer que dans les cas prévus par la loi. Le second paragraphe n'autorise pas l'action d'office dans toutes les hypothèses où l'intervention du ministère public est requise, puisque souvent il est obligé d'intervenir pour la défense d'intérêts

Digitized by Google

privés, d'intérêts individuels. En un mot, la première partie de l'article n'est pas subordonnée à l'ordre public qui est au contraire la condition essentielle de la seconde. Il semble donc évident que c'est avec intention, et non par suite d'une répétition surabondante, que le législateur a ajouté au droit de poursuivre d'office l'exécution des jugements le droit de poursuivre d'office l'exécution des lois. Autrement on aboutirait à ce résultat vraiment étrange que l'adjonction de ces mots « exécution des lois », qui impliquent la pensée d'augmenter les attributions du ministère public, aurait pour effet de les restreindre, puisque la disposition finale de l'article étant commune à l'exécution des arrêts et des jugements et à celle des lois, si celle-ci ne peut être poursuivie que dans les cas spécifiés, il en est de même de celle-là dont la loi de 1790 permettait la poursuite dans tous les cas intéressant l'ordre public.

Si juridique que paraisse cette solution, elle n'en a pas moins contre elle la majorité des auteurs. MM. Dalloz (V. *Mariage*, n° 591, au *Répertoire de jurisprudence*); Aubry et Rau (*Du mariage*, §§ 454 et suivants); Dutruc (*Mémorial du ministère public*, t. 2, nos 41 et 43); Laurent (*Droit civil français*, t. 2, n° 497 à 499); Demolombe (*Mariage*, t. 3, n° 312); Debacq dans son *Traité de l'action du ministère public en matière civile* se prononcent contre l'action d'office. La théorie contraire a pour partisans Merlin, Toullier, Vazeilles, Marcadé.

La Cour de cassation, par arrêts du 1er août 1820 (V. Dalloz, au mot *Mariage*, p. 304) et du 5 mars 1821 (V. Dalloz, *loc. cit.*) rendus en matière matrimoniale, s'est montrée nettement hostile aux droits du ministère public. Ce sont là les seules décisions spéciales qu'elle ait prononcées. Mais d'une façon générale en toutes circonstances et tout genre de cause elle a écarté l'action d'office au civil (V. Cass. 8 mars 1814, Sirey, 1814. 1. 278; 5 juillet 1824, Sirey, 1825, 1. 121 ; 3 avril 1826, Sirey, 1826. 1. 357; 28 décembre 1829, Sirey, 1830, 1. 95 ; 21 mai 1856, Dalloz, 1856, 1. 208; 21 novembre 1860, Dalloz 1860, 1. 473; 19 décembre 1860, Dalloz, 1861, 1. 87). Les arrêts du 22 janvier 1862 (Dalloz, 1862. 1. 26), du 11 novembre 1862 (Dalloz, 1862. 1. 475); du 3 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1. 262), du 25 mars

Digitized by Google

1867 (Dalloz, 1867. 1. 300), et du 28 décembre 1877 (Dalloz, 1878. 1. 337) ont confirmé cette jurisprudence tout en montrant plus de facilité peut-être à admettre l'existence des textes spéciaux sur lesquels peut s'appuyer l'action du ministère public.

Les Cours d'appel en général se sont prononcées dans le même sens. Toutefois la Cour de Paris, le 13 août 1851, a adopté l'action d'office dans un arrêt remarquablement motivé (Dalloz, 1852. 2. 113). On peut citer encore un arrêt de Toulouse du 10 juin 1852 (Dalloz, 1852. 2. 169), et deux autres arrêts de Paris du 25 août 1870 et du 30 juin 1877 (Dalloz, 1871. 2. 29 et 1878. 2. 6). En somme, ce point de droit présente de sérieuses difficultés. Les Cours d'appel ne doivent pas s'incliner toujours et quand même devant la jurisprudence de la Cour de cassation surtout lorsqu'elle est ancienne, et ne s'est formulée qu'en de rares décisions. Après un demi-siècle une question aussi spéciale, aussi délicate, peut être utilement soumise à un nouvel examen de la Cour suprême, et rien n'établit que, s'inspirant des nécessités juridiques qui se sont produites depuis 1821, la jurisprudence ne se modifiera pas. C'est ce qu'a compris la Cour de Chambéry. Aussi s'est-elle ralliée au principe de l'action d'office en déclarant qu'il s'agissait dans l'espèce d'un débat portant sur l'application d'une législation qui n'était pas celle de la généralité des citoyens, qui intéressait leur état et dès lors planait au-dessus des intérêts privés, que la dignité et l'indissolubilité du mariage étaient en jeu et que sous ce double rapport en conséquence l'affaire présentait un intérêt d'ordre public.

La troisième fin de non-recevoir n'était pas sérieusement discutable. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître qu'en principe le ministère public est indivisible et que, dans le ressort d'une Cour d'appel, c'est le Procureur général qui concentre dans ses mains tous les droits et toutes les attributions que la loi confère aux parquets dans les matières criminelles et civiles. Les procureurs de la République et les autres organes du ministère public ne sont que ses substituts. Par suite leur abstention ne saurait avoir pour effet de priver le procureur général de la faculté d'agir d'office au civil, puisqu'elle lui appartient légalement. Ces principes, consacrés dans de nombreux arrêts,

Digitized by Google

ne pouvaient qu'être accueillis par les juges d'appel et l'action du ministère public a été déclarée recevable.

III.

Au fond, quelle était la loi applicable à la demande en nullité de mariage formée par le baron de V... ? Etait-ce la législation sarde en vigueur, lors de la célébration de l'union des époux en 1855, ou au contraire la loi française devenue le droit commun de la Savoie par suite de l'annexion de 1860 ? Ces importantes questions furent l'objet d'une discussion approfondie dont nous allons donner la substance.

Il est admis en principe que lorsqu'il y a lieu d'examiner les conditions de validité ou de nullité d'un acte, c'est à l'époque où cet acte a été fait que l'on doit se reporter et que c'est la loi existante au moment de la perfection dudit acte qui doit être appliquée. Cette doctrine dérive de la nature même des choses, car il est de toute évidence que ce n'est pas d'après des conditions et des prescriptions inconnues des contractants que l'on peut se rendre compte de la portée et de la régularité des conventions intervenues entre eux. Cette règle concerne aussi bien le mariage que les autres contrats. C'est donc à tort que le ministère public la contestait en soutenant que le mariage n'était point en quelque sorte un contrat. Toutes les fois qu'il y a accord de volontés entre deux parties, elles contractent ; il importe peu que, comme dans l'union conjugale, tout ce qui est en dehors de ce consentement dépende de la loi et non de l'adhésion des époux. Vainement donc on voudrait prétendre qu'en ce qui concerne le mariage c'est le législateur qui fait le contrat et que le domaine de la libre convention étant plus restreint qu'en matière de contrats ordinaires, le principe doit comporter une exception. Cette argumentation spécieuse ne saurait être accueillie.

Le débat, du reste, ne pouvait rester circonscrit dans cette ordre d'idées. Il s'élargissait pour aborder la théorie des droits acquis et de la non-rétroactivité des lois. Selon M. le Procureur général Lasserre appelant, le traité d'annexion avait virtuellement substitué à l'ancien statut personnel de M. de V... un nouveau statut personnel. L'intimé, au point de vue de sa capacité civile, était

Digitized by Google

devenu français avec toutes les conséquences, avec tous les avantages comme avec les inconvénients que pouvait entraîner ce changement de nationalité. Or, disait le ministère public, l'état des personnes est toujours dans le domaine de la loi, laquelle a droit de le modifier à tout instant. En France, l'âge de la majorité est fixé à 21 ans; une loi nouvelle pourrait la reporter à 24 ans comme en Autriche, et les majeurs redevenus mineurs ne seraient pas juridiquement fondés à s'en plaindre. Ce raisonnement est loin d'être exact. Dans l'espèce, en effet, il ne s'agit pas seulement d'une question de capacité, auquel cas l'argumentation que nous venons de reproduire serait irréprochable, il s'agit d'un mariage, d'un acte accompli, par conséquent d'un acte qui a créé des droits. La conclusion toute naturelle à tirer de cette situation juridique, c'est que si le législateur qui peut toujours rétroagir, car la règle de la non-rétroactivité édictée par l'article 2 du Code civil ne concerne que le juge, s'est abstenu de le faire, il y aura lieu d'appliquer les principes généraux de notre droit.

A ce point de vue, il est incontestable que le traité d'annexion du 24 mars 1860, les sénatus-consultes des 12 juin et 22 août de la même année écartent nettement la rétroactivité.

Le ministère public soutenait que le mariage de M. de V....., en le supposant entaché d'une nullité absolue, n'était pas un mariage inexistant, qu'il fallait que cette nullité fût judiciairement prononcée. Il en concluait que la loi sarde n'avait accordé à l'intimé que le droit de poursuivre l'annulation de l'union contractée et que cette annulation, tant que la justice n'avait pas statué, n'était pour lui qu'une possibilité, une attente, une expectative et non un droit acquis. Elle ne constituait pas, aux yeux de M. le Procureur général, une chose qui fût dans le domaine de M. de V..., qui fût devenue sienne, puisqu'il n'avait pas usé de la faculté de demander la nullité de son mariage sous le régime sarde. Le droit acquis ne pouvait consister que dans le mariage célébré; les actions en nullité qui en dérivaient avaient uniquement le caractère de simples expectatives. Dès lors, faute d'en avoir usé en temps utile, l'intimé n'était pas fondé à en réclamer l'exercice. Mais était-il possible de séparer arbitrairement ce fait du mariage de ses conséquences légales, et de diviser ce qui est

Digitized by Google

indivisible par sa nature même? Nous ne le pensons pas, on devait considérer comme constitutif d'un droit acquis non pas l'état d'époux isolé des circonstances et des faits juridiques qui l'auraient transformé en une sorte d'abstraction, mais cet état avec tous les vices, toutes les défectuosités, toutes les nullités qui lui étaient inhérents.

La doctrine est favorable à cette opinion. Aubry et Rau (t. 1, p. 66), Laurent (t. 1, p. 242), Dalloz, *Répertoire* au mot *Lois*, n° 217), Demolombe (t. 1, p. 45 et suiv.) l'adoptent complètement. Merlin, dans son répertoire de jurisprudence au mot *Effet rétroactif*, section III, § 2, s'exprime ainsi :

« L'état d'époux est le produit immédiat et nécessaire du mariage. Et qu'est-ce que le mariage? C'est un contrat par lequel l'homme et la femme s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée. » Or, nous l'avons dit au n° 4 du § 1 : Tout contrat, dès qu'il est une fois formé d'après les conditions et les règles prescrites par la loi sous l'empire de laquelle les parties le passent, est, quant à son essence et aux droits qui en dérivent immédiatement, au-dessus des atteintes des lois postérieures. Il est donc hors de la puissance d'une loi nouvelle de faire que tel qui était hier époux légitime et qui ne s'est pas rendu, par un fait personnel, indigne de l'être toujours, ne le soit pas aujourd'hui.

« Mais par la raison inverse, une loi nouvelle ne peut pas faire qu'un mariage qui était nul hier, soit aujourd'hui valable, et par conséquent que tel qui n'était hier époux que de nom, le soit aujourd'hui d'effet.

« Ici cependant il y a une distinction importante à faire.

« Une loi nouvelle ne peut pas valider immédiatement, et par sa seule puissance, un mariage qui, au moment de sa publication, se trouve, d'après la loi sous laquelle il a été célébré, entaché de vices qui en comportent la nullité; et si elle le faisait, elle rétroagirait manifestement, elle ravirait un droit acquis; rien ne pourrait la justifier. »

La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens (Cass. 7 juillet 1862, Sirey, 1862. 1. 331; Cass. 7 mars 1881, Sirey,

Digitized by Google

1883. 1. 197 ; Cass. 22 janvier 1883, Sirey, 1884. 1. 25 ; Cass. 23 mars 1868, Dalloz, 1868. 1. 255 ; Cass. 16 novembre 1868, Dalloz, 1868. 1. 475 ; Chambéry, 1867 et 1869, Dalloz, 1868. 2. 155, 1869. 2. 154).

La Cour d'appel de Chambéry ne pouvait que persister dans sa propre jurisprudence, et voici en quels termes elle a résumé la question. Elle décide « que si la loi postérieure peut subordonner la recevabilité de l'action en nullité d'un mariage à des conditions nouvelles de délais et de diligences, dépendant de la volonté des parties, il est impossible de ne pas reconnaître qu'au cas où de telles exceptions n'ont pas été consacrées par cette loi, un mariage valable ou nul hier est encore valable ou nul aujourd'hui, nonobstant le changement de législation, et que sous ce rapport la situation légale des parties quant à ce mariage ne peut être modifiée ; qu'elle constitue donc par elle-même un *droit acquis* dont le principe de non-rétroactivité des lois permet, même sous l'empire de la loi nouvelle, de poursuivre la constatation et d'invoquer judiciairement les conséquences. »

Puisque la loi sarde et par conséquent le droit canonique sont seuls applicables, il y a lieu de rechercher si l'affinité illicite résultant d'un commerce coupable du futur époux avec la mère de sa future épouse constitue en vertu de cette législation un empêchement dirimant qui entache le mariage d'une nullité radicale. A cet égard, il est établi qu'on lui a attribué ce caractère depuis les premiers siècles de l'Eglise, laquelle l'avait elle-même emprunté au droit romain. Le concile de Trente, qui est la règle actuellement en vigueur sur ce point, considère l'affinité illicite au premier degré comme un empêchement dirimant (V. Nuiz, *Droit canonique*, « *de matrimonio* », p. 154 et « *de affinitate* », p. 225, *Traité de la juridiction ecclésiastique*, Desprez, éditeur, 1769, t. 2, p. 119, *Dictionnaire de la législation des Etats sardes*, par J. L. Cot, Chambéry, Perrin, éditeur, 1841). La conséquence qui découle du caractère dirimant de cet empêchement, c'est qu'aucune dispense ne peut être accordée à ceux dont le mariage est ainsi vicié. Vainement le ministère public a-t-il voulu réduire cette cause de nullité aux proportions d'un simple empêchement prohibitif en soutenant qu'on en pouvait donner dispense, lorsque

Digitized by Google

le mariage avait été consommé, qu'un pape du XVe siècle avait délivré une bulle qui, même en dehors de cette dernière condition, avait exempté formellement un personnage plus ou moins marquant de l'époque des conséquences de l'affinité illicite. Ces faits peu explicites, exceptionnels et d'ailleurs antérieurs au concile de Trente ne pouvaient avoir une grande portée dans la cause, et la Cour d'appel ne s'y est pas arrêtée.

Le baron de V... soutenait que la preuve de l'affinité illicite dont il excipait était suffisamment faite, qu'elle résultait des enquêtes, interrogatoires et constatations auxquels il avait été procédé devant la sacrée congrégation du Concile. Il produisait ces divers documents à titre *d'éléments d'appréciation* et concluait, dans le cas où les juges d'appel ne se trouveraient pas suffisamment convaincus, à ce que la preuve qu'il y aurait lieu d'admettre fût administrée en conformité de la législation sarde et de la législation canonique, seules en vigueur au moment de la célébration du mariage.

Le ministère public combattait la valeur juridique des documents produits au débat, même comme éléments d'appréciation. Pour lui, tout ce qui avait été fait devant la Cour de Rome était nul et sans effet légal. Dans cet ordre d'idées, il prétendait que l'officialité, qui constitue le tribunal ecclésiastique du premier degré, devait obligatoirement statuer avant toute autre juridiction sur la demande en nullité de mariage de l'intimé, et que la congrégation romaine n'avait pu, *omisso medio*, être saisie compétemment. C'était là une erreur que la discussion devait complètement dissiper. L'organisation des congrégations romaines est telle, d'après les bulles des papes Pie IV, Sixte-Quint et Benoît XIV en date du 26 janvier 1564, du 22 janvier 1587 et du 3 novembre 1741, qu'elles ont la plénitude de juridiction par délégation du souverain pontife. Elles peuvent toujours être saisies sans que le postulant soit forcé de passer par les juridictions intermédiaires, à moins que le Pape n'ait accordé un privilège contraire à quelque nation en particulier. Or, ni le concordat de 1741, ni celui de 1841 conclus par l'Etat sarde ne stipulaient une pareille clause à son profit. Spécialement, la sacrée congrégation du Concile, qui a compétence pour connaître des causes matrimo-

Digitized by Google

niales, peut statuer directement sur celles qui n'ont pas été soumises à l'official.

Un autre argument contre la validité des pièces venues de la Cour de Rome était tiré par le ministère public du concordat et des lois de germinal an X. On sait que cette législation prohibe la réception des bulles, brefs et rescrits du souverain pontife, lorsqu'ils n'ont pas été enregistrés par le Conseil d'Etat. Or, disait le Procureur général, le bref adressé à M. de V... pour ordonner l'instruction du procès, n'a pas été soumis à l'enregistrement. Il s'ensuit que tout ce qui a été fait postérieurement a été frappé de nullité, et par conséquent l'on ne peut invoquer comme éléments d'appréciation des documents qui sont nuls. Cette doctrine n'est pas exacte, puisque le décret du 28 février 1810 exempte de la formalité de l'enregistrement les brefs de la pénitencerie qui ne concernent que le for intérieur. Tous les auteurs et Dalloz notamment (V. au *Répertoire* le mot *Culte*, n° 173) s'accordent à reconnaître que ce décret rendu dans l'intérêt des consciences s'applique aux causes matrimoniales.

Rien n'empêchait donc en droit la Cour de Chambéry de s'appuyer sur les documents produits pour former sa conviction, de les considérer comme constituant des présomptions graves, précises et concordantes. Elle a proclamé le principe; mais, comme la conviction ne se commande pas, elle a considéré ces éléments de preuve comme insuffisants, à raison de l'étrangeté des circonstances au milieu desquelles certains témoins avaient constaté les faits capitaux du procès et de l'impossibilité morale où se trouvaient les magistrats d'attacher créance aux déclarations assermentées du demandeur. En conséquence, elle a ordonné une nouvelle enquête en autorisant le baron de V... à prouver par toutes les voies de droit les faits suivants :

« 1° Qu'il a existé une affinité illicite au premier degré antérieurement au mariage ; qu'un commerce charnel tel que celui de mari et femme a eu lieu entre le demandeur et la dame G..., mère de la défenderesse, dans les deux années qui ont précédé le mariage et jusqu'au mariage;

2° Qu'ils ont été vus notamment à plusieurs reprises ensemble en état de nudité et même en état de.....

Digitized by Google

3° Qu'à B..., maison de campagne de la dame G..., ils passaient la nuit deux fois par semaine, seuls jusqu'aux premières heures du matin, et ce dans l'année qui a précédé le mariage. »

C'étaient là les faits qu'avait articulés subsidiairement l'intimé, un autre avait été écarté comme d'ores et déjà démenti par tous les éléments de la cause. Il s'agissait du défaut de consentement libre de la part de la dame de V.... Une existence commune entre le mari et la femme pendant un certain nombre d'années, l'impossibilité de recueillir utilement les déclarations de la défenderesse frappée d'aliénation mentale, comme on sait, rendaient bien difficile l'admission d'une solution différente.

Le ministère public, en ce qui touche le mode d'administration de la preuve, était d'avis qu'il y avait lieu d'appliquer la loi en vigueur au moment de la célébration du mariage, la loi sarde et la loi canonique par conséquent. La Cour d'appel a adopté cette opinion dontl a valeur juridique est indiscutable. Il ne s'agit pas, en effet, d'une question relative à la forme de procéder, mais bien du fond même du droit. En effet, la manière dont s'administre la preuve exerce une influence considérable sur la solution du litige. On ne pourrait donc admettre la doctrine contraire sans violer le principe de la non-rétroactivité des lois. (V. Cass., 16 août 1831, Sirey 1831. 1. 404, et Cass., 7 juillet 1874, Dalloz 1876. 1. 430).

La dame de V... n'avait pas relevé appel principal de la décision des premiers juges qui avaient repoussé sa demande en dix mille francs de dommages-intérêts. Par voie de conclusions incidentes prises contre l'intimé son mari, elle voulut réparer cette omission. En principe, l'appel d'intimé à intimé est irrecevable, mais elle prétendait que l'action d'office exercée par le ministère public avait tout remis en question, que la matière étant indivisible, elle pouvait profiter de l'appel du Procureur général, bien qu'elle-même eût renoncé à toutes voies de recours contre le jugement du tribunal de Saint-Julien. A l'appui de ses prétentions, son conseil citait quelques monuments de jurisprudence. Mais fondés sur l'indivisibilité ils étaient sans application dans la cause. L'appel du Procureur général, en effet, portait uniquement sur la nullité du mariage qu'il voulait faire valider par la

Digitized by Google

juridiction du second degré : il n'avait aucune corrélation assez intime avec la question de dommages-intérêts pour que cette dernière ne pût en être séparée. Dès lors, la non-recevabilité de l'appel de la défenderesse s'imposait comme une nécessité juridique.

Telle est, dans ses traits essentiels, cette curieuse et intéressante affaire dont l'examen a transformé pendant quelques audiences la Cour de Chambéry en une sorte d'officialité. L'importance des questions soulevées en droit civil et en droit ecclésiastique, l'ampleur avec laquelle elles ont été traitées, l'intérêt tout à la fois scientifique et pratique des solutions admises ont donné à ce procès un retentissement justifié. Nous n'avons qu'un regret en terminant ce travail : c'est de manquer d'espace pour reproduire intégralement l'arrêt qui est intervenu, et d'être obligé de renvoyer le lecteur à la *Gazette des tribunaux* et à la *Presse judiciaire* qui l'ont publié. H. PASCAUD.

BIBLIOGRAPHIE.

ÉTUDE SUR LES MOYENS ORGANISÉS PAR LA LOI ET LA JURISPRUDENCE POUR PROTÉGER LES FIANCÉS CONTRE LEURS FRAUDES RÉCIPROQUES,

Par M. Georges Vidal, agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.

Compte-rendu par M. E. Thaller, professeur à la Faculté de droit de Lyon.

Nous sommes heureux que l'occasion nous soit offerte de signaler l'ouvrage d'un de nos collègues, qui dénote une vigoureuse dialectique et cette qualité si précieuse, désignée du nom de judiciaire, où entrent à la fois le tact et l'appropriation des principes aux espèces les plus variées. Déjà, dans la lice professionnelle, où les adversaires se connaissent chez nous pour s'estimer tout aussitôt, il nous avait été donné d'apprécier, et quelque peu à nos dépens, le talent d'argumentation de M. Vidal. La dissertation qu'il vient de publier, après l'avoir soumise à l'Académie de législation de Toulouse, vaut à nos yeux comme la confirmation écrite de nos anciennes impressions. M. Vidal a eu l'idée ingénieuse de grouper les principales difficultés juridiques se rattachant aux fraudes pécuniaires qu'on pourrait qualifier de prénuptiales : la monographie porte sur les manœuvres exercées par

Digitized by Google

l'un des futurs époux, en vue d'obtenir l'adhésion de l'autre à tel régime matrimonial, ou, le contrat de mariage signé, d'altérer avant la cérémonie la consistance du patrimoine et d'empêcher ainsi le régime de produire ses effets naturels. Le travail est conduit d'une main sûre, les questions sont présentées historiquement d'abord, puis dans la législation actuelle; le tout est accompagné d'intéressantes observations sur la rupture des fiançailles, où la fraude peut, là encore, trouver place. Ces controverses, prises une à une, avaient déjà été agitées : mais il était bon qu'un esprit, formé à l'art de la synthèse, les réunît toutes, et, pour emprunter au secrétaire perpétuel de l'Académie son heureuse comparaison, nouât la gerbe. Nous ne sommes nullement étonné que l'éminente compagnie, pour laquelle cette étude a été composée, ait employé plusieurs séances à en discuter les principaux points : le contraire nous aurait plutôt surpris.

Cela dit, M. Vidal nous permettra-t-il de le prendre à partie sur quelques-unes de ses théories? Nous aurions bien quelque réserve à formuler sur la manière dont il comprend les fiançailles : mais nous ne faisons que glisser, car l'opinion qu'il défend, en rejetant la prétention aux dommages-intérêts dans le cas de rupture, nous paraît juste en elle-même. Au lieu de s'approprier le mot un peu emphatique du premier consul : « le mariage est l'union des âmes », auquel Napoléon lui-même devait donner un éclatant démenti, l'auteur aurait mieux fait, semble-t-il, d'affirmer que les fiançailles ont changé de caractère avec le Code civil. Elles ne sont pas une promesse, car qui dit promesse dit engagement, mais un simple stage donné aux futurs, à l'effet d'étudier leurs caractères réciproques, et leur laissant toute latitude de se dédire. Tant pis si ce stage n'est pas toujours concluant, et si un faux point d'honneur ou les calculs de l'égoïsme laissent les intéressés sourds à ses enseignements. — Ailleurs l'institution devra être différemment appréciée. On sait avec quelle froideur préméditée la jeune fille en Angleterre poursuit en justice celui qui, s'étant laissé prendre aux roueries de la *flirtation*, prétend se raviser avant la cérémonie (*breach of promise to marry*); la coutume a introduit des tarifs gradués que les magistrats appliquent couramment. C'est qu'aussi, dans un pays où

Digitized by Google

les mœurs facilitent le rapprochement social des deux sexes et où la femme est l'unique artisan de son mariage, les fiançailles supposent une réflexion préalable qui ne laisse plus place à une renonciation sans motif. Les fiançailles doivent être en droit ce que les mœurs les font.

A propos de la rescision du contrat de mariage pour cause de dol, M. Vidal nous paraît avoir donné dans le défaut contraire. Ici, son principe ne manque pas de sûreté, du moins en dehors du cas où le régime adopté serait la communauté légale. Alors en effet on aboutirait par la rescision à une véritable impossibilité. L'auteur dit bien que les époux se trouveront placés sous le régime sans communauté. Mais, à moins d'un jeu de mots qui n'a pas dû être dans ses intentions, on ne voit guère la raison de ses préférences pour cette dernière combinaison. Il en est tant d'autres, plus usuelles, la communauté d'acquêts par exemple. En somme c'est une impasse. — A cela près, disons-nous, le principe dirigeant est exact. Mais c'est la solution pratique qui laisse à désirer. La thèse serait plus mesurée, si, respectant les exigences du crédit, elle permettait aux tiers de conserver, après l'annulation, les garanties que leur donnait le régime sur la foi duquel ils ont traité. Il nous semblait que le dol ne pouvait pas être invoqué contre les personnes étrangères à la fraude. Nous n'ignorons pas que, suivant l'opinion générale, l'action a des effets *réels*. Mais il faut bien observer aussi que les pouvoirs reconnus à l'un ou à l'autre époux par le contrat de mariage reposent sur l'idée d'un mandat qu'ils se seraient donné. Traiter avec un époux, c'est véritablement traiter avec tous deux, et il serait bien étrange qu'on pût, sous le prétexte d'un dol de famille, effacer des conventions individuelles conclues par les tiers de bonne foi.

La question de savoir si le contrat de mariage laisse à chaque futur jusqu'à la cérémonie la disponibilité des biens formant son apport respectif, tient, comme de raison, une certaine place dans cet intéressant travail. Mais la difficulté ne portait pas toute sur la rétroactivité des conventions matrimoniales, contre laquelle notre collègue se prononce à bon droit. Il s'agissait encore de rechercher si le fait de souscrire au contrat et de se reconnaître les apports y énoncés ne crée pas, à l'instar de la promesse de vente

Digitized by Google

par exemple, une sorte d'obligation préparatoire, susceptible de se convertir en une autre, dès que le mariage sera célébré. — L'auteur ne s'est pas cru autorisé à pousser jusqu'au bout la doctrine de la liberté réservée aux futurs entre les deux contrats. Sous le régime dotal, dit-il, la femme cesse de pouvoir engager ses biens dotaux par des dettes nouvelles, à partir du contrat de mariage. L'art. 1558, 4e al., rend, selon lui, fatale cette exception, qu'il cherche à justifier d'ailleurs par un rapprochement adroit entre la propriété ou les charges réelles, et les simples obligations. Cependant, si l'opinion est vraie, la loi offre une regrettable incohérence; car, sous la communauté (1410), la femme conserve indubitablement la faculté de s'obliger jusqu'au mariage célébré. L'art. 1558 se prête, croyons-nous, à un sens plus satisfaisant. Le texte mène de front les dettes de la femme et celles des tiers qui auraient constitué la dot. Pourquoi la nécessité d'une date certaine, antérieure au contrat de mariage, ne s'appliquerait-elle pas à ces dernières dettes seulement? Le constituant se dessaisissant sous la condition de l'union projetée, — l'auteur en convient quelque part, — à dater du contrat de mariage, perd de ce jour le droit de grever les biens donnés de nouvelles dettes. Cela suppose une constitution de dot faite à charge d'acquitter les dettes de son auteur.

Nous répétons, pour finir, que ce mémoire est de bonne marque et digne à tous égards d'être étudié. Il annonce un esprit bien préparé pour le jour où l'auteur, sortant de l'exégèse des textes, abordera le terrain plus large de la critique législative ou du droit comparé. E. THALLER.

EFFETS INTERNATIONAUX DES JUGEMENTS EN MATIÈRE CIVILE [1].

Par M. Félix Moreau, avocat, docteur en Droit.

Compte-rendu par M. F. Despagnet,
professeur agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux.

Le droit international privé est en grande faveur auprès des jeunes docteurs de la Faculté de droit de Bordeaux qui, en grand nombre, prennent une de ses parties les plus importantes

[1] Ouvrage couronné par la Faculté de Droit de Bordeaux. — XII, p. 272. Larose et Forcel, Paris.

Digitized by Google

pour sujet de leur thèse. Cela s'explique, car cette matière, encore insuffisamment explorée et dont l'étude est relativement récente, offre beaucoup de sujets nouveaux et par conséquent plus séduisants que les questions de droit civil ou commercial interne, que les auteurs les plus considérables ont examinées à fond; peut-être trouverait-on encore la raison de cette préférence, pour Bordeaux en particulier, dans ce fait que le droit international présente un intérêt spécial dans une ville dont les rapports internationaux sont très fréquents et très étendus. Si l'on en juge par les résultats, il faut se féliciter du choix de nos docteurs. Pour ne citer que les thèses qui ont obtenu la médaille d'or dans ces dernières années, nous signalerons les ouvrages suivants : La théorie traditionnelle des statuts, de M. Louis Barde, œuvre que MM. Laurent et Asser ont souvent citée avec éloges ; Les conflits de législations relatifs à la forme des actes civils, de M. L. Duguit, aujourd'hui agrégé à la Faculté de droit de Caen, et dont le travail est le commentaire le plus approfondi et le plus complet de la règle *Locus regit actum*; enfin le livre de M. F. Moreau que notre Faculté a couronné en 1883.

L'œuvre de M. Moreau est partagée en quatre parties. Dans la première, qui sert d'introduction historique, l'auteur examine la théorie de l'exécution des jugements étrangers en droit romain, dans l'ancien droit et dans le droit intermédiaire. Il faut particulièrement signaler, dans cette partie, une étude très complète de l'ordonnance de 1629. La deuxième partie est consacrée au droit français, et on verra, en lisant cette partie de son ouvrage, que l'auteur n'a rien oublié des difficultés possibles dans une matière où les difficultés abondent ; son analyse des principes au point de vue de l'influence de l'annexion sur l'autorité des jugements attirera certainement l'attention. Dans la troisième partie, M. Moreau indique, d'une façon aussi complète et aussi exacte que le permet l'insuffisance des renseignements sur la législation étrangère dans un grand nombre de cas, le système suivi dans les différents pays pour l'exécution des jugements étrangers ; les dispositions légales relatives à cette matière et adoptées dans vingt-trois Etats sont très soigneusement résumées. Enfin, on trouve, dans une quatrième partie, l'exposé des principes théo-

Digitized by Google

riques, ce que l'on pourrait appeler le desideratum de l'auteur. Si l'exposé de ces principes figure à la fin du livre et comme conclusion, au lieu de se trouver au début comme règle dirigeante, M. Moreau nous en donne la raison : il n'a pas voulu établir de règle *à priori* qui, quelque rationnelle qu'elle soit, ne serait peut-être pas suffisamment conforme aux légitimes intérêts de la pratique ; et ce n'est qu'après avoir indiqué et critiqué les dispositions de la loi positive, qu'il en est venu à dégager de ce travail préalable un ensemble de principes conciliant également les exigences du droit théorique et les intérêts de la pratique (p. 230, n° 227). L'auteur se prononce en définitive pour la théorie qui refuse aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée et qui subordonne la concession de l'exequatur à l'examen non seulement de la question de savoir si le dispositif du jugement est compatible avec l'ordre public territorial, mais encore de la question de savoir si la sentence est bien fondée en droit et en équité, ce qui amène la révision quant au fond du jugement étranger. C'est bien là le système suivi par notre jurisprudence française, mais M. Moreau le justifie par des raisons différentes de celles que donnent nos tribunaux, et c'est pour cela seulement que sa conclusion doit être approuvée. La question fondamentale, en matière d'exécution de jugements étrangers, est celle de la conciliation à établir entre l'exécution d'une sentence émanant d'une juridiction étrangère et le respect de la souveraineté territoriale. On obtient cette conciliation en faisant faire cette exécution sur un ordre émanant de l'autorité locale ; c'est la formule exécutoire, exequatur ou pareatis. Mais la souveraineté serait compromise si elle devait donner son concours à l'exécution d'un jugement contraire à l'ordre public : aussi l'autorité chargée de donner l'exequatur a-t-elle la mission de constater si l'ordre public est sauvegardé dans le dispositif du jugement étranger. Faut-il s'en tenir là ? Certains le pensent ; mais M. Moreau estime que les partisans de cette opinion n'ont pas poussé assez loin la notion de la souveraineté et le respect qui lui est dû. Il est du devoir et du droit strict du souverain de s'opposer à l'exécution de toute sentence inique, le dispositif de cette sentence ne violât-il d'ailleurs aucun principe général d'ordre public. On

Digitized by Google

peut dire, en effet, que le respect de l'équité et des règles de droit dans le jugement des litiges entre particuliers est lui-même d'ordre public. Par où l'on voit que la révision quant au fond d'un jugement étranger, faite par un tribunal français, n'est pas tant une conséquence de cette idée que les jugements étrangers n'ont pas l'autorité de la chose jugée, qu'une condition de la concession de l'exequatur, qui ne peut être accordé si la sentence étrangère viole l'équité. On peut, cependant, avoir *à priori*, pour les tribunaux de certains pays, une confiance égale à celle que l'on accorde aux tribunaux français, et cette confiance se révèle par les traités qui ne sont conclus qu'avec les pays dont les magistrats offrent autant de garantie que les nôtres; en vertu de ces traités, l'intervention de l'autorité locale ne se manifeste plus que pour donner un ordre d'exécution aux agents de la force publique, qui ne pourraient prêter leur concours aux ordres émanant d'un tribunal étranger sans violer le respect dû à la souveraineté dont ils relèvent.

Telle est la conclusion, fort juste à notre avis, à laquelle arrive M. Moreau (p. 263, n° 266); elle couronne dignement un travail qui est le plus complet peut-être que l'ont ait écrit en France sur l'exécution des jugements étrangers. F. DESPAGNET.

DE LA PERSONNALITÉ CIVILE DU DÉPARTEMENT,

Par M. Eugène ALLARD, docteur en droit.

Compte-rendu par M. BOURGUIN,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Douai.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que le régime des administrations locales préoccupe les publicistes, les jurisconsultes et les hommes d'État; au système de centralisation excessive établi par le législateur de l'an VIII, on a substitué progressivement un régime de centralisation très atténuée, dans lequel les pouvoirs locaux électifs jouissent d'une large indépendance dans le domaine des intérêts purement locaux. La question de la décentralisation administrative reste cependant encore à l'ordre du jour; l'organisation actuelle, dit-on, est un régime bâtard, une dégradation du système de l'an VIII, qu'on a essayé de mettre sur certains points en harmonie avec des institutions politiques plus libérales, mais

Digitized by Google

qui garde toujours la marque ineffaçable de son origine; c'est encore la confusion des intérêts généraux et des intérêts locaux, confiés en bloc à un agent exécutif unique qui, dans le département, est un fonctionnaire du gouvernement. Par la décentralisation fausse et maladroite à laquelle on a procédé jusqu'ici on est arrivé à donner au département une organisation incohérente; d'une part, un pouvoir électif souverain dans la délibération, impuissant dans l'exécution; d'autre part, un fonctionnaire surchargé d'attributions et de responsabilité, mais privé des moyens d'action nécessaires pour remplir sa tâche, principalement depuis que le conseil général est indépendant de lui et que les maires, soumis à l'élection, échappent à son autorité. — Et l'on jette alors les yeux sur l'étranger, on y trouve cette séparation des intérêts d'ordre différent, ceux de l'État et ceux de la province, les premiers remis aux mains de l'agent du pouvoir central, préfet, gouverneur, président; les autres confiés à un conseil électif qui décide et à une commission permanente prise dans son sein qui agit et exécute, bien différente en cela de notre commission départementale, pâle reflet du conseil général sans attributions exécutives.

La question de la décentralisation administrative reste donc ouverte; elle se présente pour le département comme pour la commune. Mais pour celle-ci le problème se pose actuellement dans des conditions différentes, parce que l'agent exécutif, investi lui aussi d'attributions d'une double nature, est élu par le conseil électif représentant les habitants. Là n'est pas la seule différence; tandis que le département est une création artificielle du législateur, une circonscription taillée arbitrairement, ne répondant pas à une communauté sérieuse de traditions et d'intérêts, la commune est une agglomération sociale, vivante et bien vivante, un corps organique qui s'est formé dans le cours des siècles par le rapprochement naturel des intérêts semblables, une communauté véritable dont la reconnaissance comme personne morale s'est imposée au législateur. C'est d'elle qu'on peut espérer faire un centre secondaire d'activité où se développerait librement le jeu des forces individuelles; l'intérêt, source féconde des actions humaines, serait assez puissant pour y entretenir la vie

Digitized by Google

d'une association libre et se suffisant à elle-même, et le législateur n'aurait ici qu'à desserrer pour qu'il se produise une expansion spontanée de forces naturelles. En serait-il de même du département? Il est permis d'en douter, et l'on peut croire au contraire qu'il faudrait bien des efforts pour galvaniser le corps rachitique et mal venu du département, qui est pour ainsi dire à l'ancienne province ce que l'Homunculus du docteur Faust est à l'homme.

C'est peut-être pour avoir compris que la vraie et bonne décentralisation n'était pas faite pour le département, que l'auteur du *Traité de la personnalité civile du département* a laissé de côté la question, soit dans l'exposé de notre législation, soit dans l'aperçu qu'il donne de la législation comparée. Le titre de l'ouvrage, en déterminant le sujet avec précision, permettait d'ailleurs d'en écarter les considérations générales d'intérêt législatif et de le restreindre à l'explication méthodique des textes. M. Allard, avec grande raison, n'a pas voulu s'en tenir au commentaire de notre législation; il a commencé par une étude historique fort complète de notre administration locale, et terminé par une exposition sommaire des principales législations étrangères. Dans la partie historique, très étendue, nous assistons aux vicissitudes si diverses des fonctions administratives locales dans l'ancien régime; le pouvoir royal grandit, la centralisation commence à s'établir, les provinces perdent les unes après les autres leurs États et leurs libertés particulières, les intendants s'étendent et envahissent tout au détriment des anciens pouvoirs indépendants. Dans tout ce développement, étudié et décrit avec soin, on peut suivre à la fois les transformations des diverses autorités et celles des services publics. Plus près encore du sujet spécial du traité, nous descendons au plus profond des origines de la personnalité civile du département, et dans l'étude particulière des pays d'Etats nous voyons germer et grandir le principe de la personnalité de nos vieilles provinces privilégiées, qui paraît s'étendre même aux pays d'élections lors de la création des assemblées provinciales à la veille de la Révolution; mais la question reste douteuse, et il est peu probable qu'elle se soit jamais nettement posée.

Passant à l'œuvre de la Constituante, l'auteur explique très

Digitized by Google

bien les différentes considérations qui ont déterminé cette assemblée à établir une organisation locale qui paraît en désaccord avec ses principes; imbue des idées unitaires, continuant et achevant sur tous les points l'œuvre commencée par le pouvoir absolu, la Constituante n'a cependant pas poursuivi la centralisation administrative; par haine du despotisme royal et de la tyrannie des intendants, elle a énervé l'action du pouvoir central sur les administrations locales et créée des corps administratifs indépendants, issus de l'élection, collectifs, investis d'attributions délibératives et exécutives.

La deuxième partie est consacrée à l'étude de la législation actuelle et des conséquences de la personnalité civile du département; l'administration du domaine public et privé, les différents actes de la vie civile du département, et toutes les questions générales ou spéciales qui s'y rattachent, sont exposées avec compétence par un esprit assoupli aux études juridiques, qui sait mettre à profit d'heureuses qualités de composition et de discussion; il y a là un travail qui peut fournir de précieux renseignements à l'homme d'affaires, au jurisconsulte et à l'administrateur.

BOURGUIN.

CODE D'ORGANISATION JUDICIAIRE ALLEMAND [1]

(27 janvier 1877),

Par M. L. Dubarle, docteur en droit,
ancien magistrat, avocat à la Cour d'appel d'Aix.

Compte-rendu par M. Albert Arnal, avocat à la Cour d'appel de Paris.

La collection des principaux Codes étrangers que le ministère de la justice a entrepris de publier, s'accroît rapidement [2]. L'ouvrage que viennent de livrer les presses de l'imprimerie nationale est le cinquième de la collection et de beaucoup le plus

[1] Paris. Imprimé par ordre du gouvernement à l'imprimerie nationale, 1885, 2 vol. in-8.

[2] Volumes parus :

Code d'instruction criminelle autrichien de 1873, par M. Edm. Bertrand et M. Ch. Lyon-Caen, 1 vol. in-8. — *Code de commerce allemand de* 1869 *et loi allemande sur le change*, par MM. P. Gide, Ch. Lyon-Caen, J. Flach et J. Dietz, 1 vol. in-8. — *Code pénal des Pays-Bas de* 1881, par W. Joan Wintgens, 1 vol. in-8. — *Code de procédure pénale allemand*, par M. F. Daguin. 1 vol. in-8.

Digitized by Google

considérable ; l'intérêt qu'il offrira au public ne saurait être mis en doute. La question de l'organisation judiciaire n'est jamais fermée, elle sollicite sans cesse l'esprit de ceux que séduit l'étude des lois ou qui touchent par quelque point à l'administration de la justice. Elle est de tous les temps, mais on peut dire qu'elle est plus particulièrement à l'ordre du jour du nôtre.

D'autre part le goût du droit qui n'a jamais cessé d'être en honneur en France, s'est transformé dans ces derniers temps ou plutôt s'est étendu aux législations étrangères, ainsi que l'attestent le développement et les travaux plus nombreux chaque année de la Société de législation comparée. On a compris que si nous nous avions le droit de montrer encore quelque fierté de nos Codes qui longtemps ont servi de modèle aux autres nations, c'était à condition de ne pas décheoir, de nous tenir au courant des mouvements et des progrès de l'esprit moderne dans la science pratique du droit, en suivant attentivement les efforts et les travaux que les peuples qui nous entourent ont à faire pour codifier à leur tour ou réformer les institutions attardées qui les régissent.

A ce point de vue aucun Code étranger ne peut offrir un champ plus vaste aux observations, aux rapprochements utiles, que celui qui nous est ouvert par le Code d'organisation judiciaire allemand.

Promulgué en 1877 après trois ans d'étude, de préparation et de discussion, il est venu apporter aux Allemands l'unité de l'organisation à la place des institutions les plus diverses, les plus compliquées et pour quelques-unes les plus arriérées qui se pussent imaginer. Il avait été précédé d'un Code de commerce, d'un Code d'instruction criminelle et d'un Code pénal; le Code civil est encore en préparation. Quand il paraîtra, l'unité de justice que poursuivent les législateurs allemands sera accomplie, et on serait mal venu à nier que ce soit, comme dit M. Dubarle, un grand bienfait octroyé à tous ces petits États, mais nous ne saurions affirmer qu'il suffira toujours à consoler les populations de la perte de cette indépendance particulière dont elles étaient jalouses et qui leur a été pour longtemps ravie.

C'est inspiré sans doute par ce grand intérêt politique que le parlement allemand, sans attendre qu'il eût rédigé les nouvelles lois qui constitueront le Code civil allemand, n'a pas hésité à

Digitized by Google

instituer tout d'abord sur des règles uniformes et soigneusement étudiées l'organisation judiciaire de l'Empire.

L'indépendance absolue du magistrat semble avoir tenu la première place dans les préoccupations des législateurs allemands. « *La justice est rendue par des tribunaux indépendants soumis à la loi seule* », tels sont les termes de l'article 1er du Code, et cette noble affirmation n'était pas inutile, ni impolitique dans un pays où, comme une dernière empreinte de la société féodale, certaines seigneuries avaient encore conservé les droits de basse justice sur leur territoire. Il faut se hâter d'ajouter que cette promesse non moins précieuse aux magistrats qu'aux justiciables, le Code allemand n'a rien négligé pour la réaliser. Les juges sont nommés à vie (art. 6); le principe de l'inamovibilité absolue fut à l'unanimité adopté par la docte commission (*Justiz commission*) composée de vingt-huit membres, dont les travaux ne durèrent guère moins de deux années et nécessitèrent cent quatre-vingt-quatre séances. Dans cette longue élaboration les discussions les plus intéressantes, les plus curieuses, parfois même un peu singulières, trouvèrent place et nous éprouvons un sincère regret de ne pouvoir dans le cadre étroit de cette notice aborder l'historique de ces débats qu'on trouvera vivement retracés dans l'introduction très complète de M. Dubarle.

Après avoir assuré l'indépendance des juges, posé les conditions de capacité qu'ils doivent remplir, le Code s'occupe de la constitution hiérarchique des tribunaux, laquelle dans son ensemble ne diffère pas sensiblement de notre organisation.

Au premier degré nous trouvons les tribunaux de bailliage (*Amtsgericht*) où la justice civile est rendue par un juge unique qui offrirait grande ressemblance avec notre juge de paix à ne considérer que sa compétence limitée aux litiges dont l'objet ne dépasse pas la valeur de 300 marks (375 fr.), mais il en diffère d'abord par son inamovibilité, puis par les fonctions multiples dont il est chargé. C'est lui qui tient les livres hypothécaires, il reçoit les testaments et de même un certain nombre d'actes que la loi française réserve aux notaires, vente, échanges, donations etc.; en matière commerciale c'est lui qui déclare la faillite, en nomme le syndic, en prononce la clôture, admet ou rejette

Digitized by Google

les créances contestées; muni des pouvoirs les plus étendus quant à l'exécution des jugements, il a aussi à remplir le rôle de conciliateur et reçoit le premier les demandes en divorce; au criminel il n'est pas moins occupé; concurremment avec le ministère public il est chargé de recevoir les plaintes, les dénonciations, il fait les enquêtes s'il y a lieu, ordonne en cas de flagrant délit les arrestations ou les mises en liberté et peut être chargé par le tribunal régional de l'information et de l'instruction des affaires. Mais ce juge uuique pour les causes civiles ne rend la justice au criminel qu'assisté d'échevins. Ce tribunal d'échevins (*Schöffengericht*), placé au premier degré de la justice comme le tribunal de bailliage au civil, jouit en Allemagne d'une grande faveur qui nous semble assez méritée.

Le tribunal des échevins n'est pas permanent, mais périodique. Nommés chaque année et pour un an les échevins sont convoqués par le juge de bailliage selon les besoins de la justice. Ils ont plus d'un rapport avec nos jurés; comme eux ils sont tirés au sort, ne reçoivent aucun traitement. Les fonctions d'échevins sont à la fois une charge et un honneur; afin que la charge ne soit pas trop lourde, la loi a admis que le citoyen allemand ne peut être échevin que tous les deux ans, et que lorsqu'il est tombé au sort il ne peut être appelé à siéger qu'à cinq audiences au maximum. Mais, et c'est là une différence considérable, il n'est pas comme notre juré simple appréciateur du fait, sa compétence est plus étendue, elle égale à l'audience celle du juge de bailliage auprès duquel il siège et juge et qui n'a d'autre supériorité sur les deux échevins que la présidence; seulement les pouvoirs des échevins expirent à la levée de l'audience. Ce tribunal connaît des contraventions et des délits peu graves; en Allemagne c'est l'élévation de la peine qui fixe le tribunal compétent, telle est la règle générale contrairement au principe admis en France, qui divise les infractions à la loi pénale en contraventions, délits et crimes, et renvoie chaque espèce devant un tribunal spécial.

Le maximum des peines que peut prononcer le tribunal des échevins est de six semaines d'arrêt, de trois mois de prison ou de 600 marks (750 francs) d'amende. C'est la règle générale,

Digitized by Google

cependant les tribunaux d'échevins peuvent connaître aussi de toutes les affaires criminelles que leur renvoie le tribunal régional, lorsque celui-ci estime que la peine ne doit pas dépasser le maximum que nous venons d'indiquer; mais cette appréciation du tribunal régional ne lie pas le tribunal des échevins qui, n'ayant pas le droit de se déclarer incompétent, peut alors prononcer une peine supérieure à sa compétence ordinaire.

Cette institution des échevins qui n'était connue que dans quelques États de l'Allemagne, fut vivement discutée au sein de la commission de réorganisation qui l'adopta par 17 voix contre 8. Sans reproduire les raisons alléguées pour et contre, que rapporte M. Dubarle, enregistrons ce témoignage significatif que depuis quatre ans que fonctionne cette nouvelle justice elle n'a donné lieu à aucune plainte sérieuse. Le plus grave reproche qu'on pourrait lui adresser, serait de constituer un rouage inutile et pesant pour le citoyen arraché à ses occupations et contraint d'exercer sans préparation les fonctions délicates du magistrat; mais l'avantage d'associer le peuple à la justice correctionnelle compense à nos yeux la charge que fait peser sur lui le recrutement annuel de l'échevin. La présence des échevins force le juge président à diriger plus soigneusement les débats, le tient en rapport constant avec le sentiment public, modère sa rigueur, sans que l'indulgence puisse avoir pour les légers délits, qui seuls sont de la compétence de ce tribunal, les redoutables inconvénients que, dans les graves affaires criminelles, nous donne trop souvent à déplorer la faiblesse des jurys.

Au dessus de ces tribunaux de bailliage et d'échevins viennent les tribunaux régionaux (*Landgericht*) jugeant au civil et au criminel; aussi chaque tribunal régional a-t-il au moins deux chambres l'une civile, l'autre criminelle. Le tribunal régional est à la fois de première instance et d'appel; il juge en première instance toutes les affaires qui ne sont pas de la compétence des tribunaux de bailliage, il est exclusivement compétent pour toutes les affaires concernant le statut personnel, et en matière d'interdiction juge les oppositions aux ordonnances rendues par le juge de bailliage. En deuxième instance la chambre civile juge les appels des jugements rendus par le tribunal de bailliage et les

Digitized by Google

pourvois ou oppositions (*Beschwerde*) formés contre ses décisions. Ses attributions au civil sont donc à peu près conformes à celles de nos tribunaux d'arrondissement. Il n'en est pas de même au criminel. La chambre criminelle du tribunal régional connaît des crimes et délits qui peuvent entraîner au moins trois mois de prison ou 600 marks d'amende et au plus cinq ans de travaux forcés. En outre quelques délits d'une nature spéciale, infractions aux lois sur la navigation, sur les sociétés, les valeurs à lots, l'état civil et les banques lui sont aussi réservés malgré le peu d'élévation de la peine, à raison de leur caractère (art. 74). L'article 73 énumère encore certains crimes plus graves, pouvant entraîner une peine de dix ans de travaux forcés, qui cependant rentrent dans la compétence du tribunal régional, parce que la pratique a prouvé que rarement la peine prononcée était supérieure à cinq ans de travaux forcés ; les mineurs de 18 ans sont aussi ses justiciables, de quelque crime qu'ils soient accusés.

On voit par là qu'au point de vue criminel la compétence des tribunaux régionaux n'est pas plus rigoureusement définie que celle des tribunaux d'échevins. Les tribunaux régionaux d'une part peuvent renvoyer ainsi que nous l'avons dit plus haut au tribunal d'échevins des délits dont la punition aux termes de la loi pénale peut excéder la compétence de ce tribunal, c'est une question laissée à la libre appréciation des juges ; et d'autre part ils peuvent juger de simples infractions (art. 74) ou au contraire des crimes qui par leur gravité et à raison des peines portées dans la loi pénale devraient rigoureusement être jugés par la Cour d'assises (art. 73). Enfin la chambre criminelle juge aussi en deuxième instance les appels des jugements des tribunaux d'échevins (art. 76).

Tandis que la chambre civile compte trois juges y compris le président, la chambre criminelle en compte cinq sauf lorsqu'il s'agit d'appels en matière de contraventions et de délits poursuivis à la requête de la partie civile. Enfin pour la déclaration de culpabilité une majorité des deux tiers, soit quatre voix sur cinq, est nécessaire. Si on recherche la cause de ces garanties particulières, de ce nombre de juges plus considérable au criminel qu'au civil, peut-être doit-on l'attribuer à ce que les décisions de

Digitized by Google

la chambre criminelle sont définitives et ne peuvent pas être frappées d'appel, contrairement à ce qui se passe pour nos jugement de police correctionnelle ; elles ne sont susceptibles que de pourvoi ainsi que nous le verrons au chapitre des tribunaux régionaux supérieurs.

Le tribunal régional *peut* encore à côté de ses chambres civiles et criminelles compter une chambre commerciale. Ainsi c'est une faculté laissée aux divers États composant l'Empire ; le projet du Code généralisait l'institution et établissait des tribunaux de commerce indépendants, la commission de justice repoussa cette juridiction par 21 voix contre 3, mais par esprit de transaction l'article 100 institua cette chambre commerciale que les Etats restent selon leur appréciation maîtres d'établir. Cette faculté, tous les États sauf 14 en ont usé, mais dans une proportion différente. Ainsi sur 172 tribunaux régionaux, 61 seulement sont pourvus d'une chambre commerciale. La chambre commerciale se compose d'un juge du tribunal régional faisant fonction de président et de deux juges commerciaux pris parmi les inscrits sur le registre du commerce et nommés par le pouvoir exécutif. La fonction de juge commercial est purement honorifique (art. 11).

Enfin au grand criminel, l'Allemagne a conservé la Cour d'assises dont elle s'est efforcée de faire à la vérité une juridiction exceptionnelle par l'élévation de la peine qui fixe la compétence, peine supérieure à cinq années de travaux forcés au minimum. Elle se compose, ainsi qu'en France, de magistrats et de jurés ; c'est la troisième forme sous laquelle la justice criminelle est rendue en Allemagne ; et le jury a été maintenu comme à regret par le parlement. « *C'est*, avait dit dans la discussion publique le docteur Leonhardt, ministre de la justice de Prusse, *une institution qui penche vers le déclin de sa vie, tandis qu'à l'aurore apparaissent les échevins.* » Cependant dans les États de Bavière, Bade, Oldenbourg et Wurtemberg, la Cour d'assises connaît des délits de presse à la requête du ministère public. Les jurés sont au nombre de douze et la déclararation de culpabilité doit être prise par une majorité supérieure à sept voix. Malgré cette disposition indulgente, nous sommes très porté à croire que les inconvénients du jury sont moins nuisibles en Allemagne que dans notre pays

Digitized by Google

en raison du respect qui chez l'Allemand s'attache encore au principe d'autorité et aussi parce que la confection de la liste annuelle des jurés est confiée aux magistrats.

Les tribunaux régionaux supérieurs (*Oberlandesgerichte*), qui répondent, du moins au civil, à nos Cours d'appel, sont au nombre de vingt-huit pour toute l'Allemagne. Le premier président a la surveillance du personnel du tribunal et des tribunaux de son ressort. Les chambres civiles jugent comme en France les appels formés contre les jugements de première instance ; les chambres criminelles du tribunal supérieur ne sont saisies que des pourvois en révision, faisant fonction non pas de tribunal d'appel, mais de tribunal de cassation, les jugements du tribunal régional en matière criminelle étant définitifs et non susceptibles d'appel. Ainsi l'Allemagne n'a aucune juridiction répondant à notre chambre d'appel de police correctionnelle, d'où il suit que toute une catégorie de crimes ou délits la plus nombreuse, puisque la compétence de la Cour d'assises constitue l'exception est jugée par le tribunal régional à la fois en première et dernière instance sans autre voie de recours que le pourvoi pour violation de la loi.

Le service des chambres du tribunal supérieur est distribué soit par catégories d'affaires soit par régions. Lorsqu'un tribunal supérieur a dans sa juridiction plusieurs États, la répartition a généralement lieu par circonscriptions géographiques, mais il y a toujours au moins une chambre civile et une chambre criminelle. En Bavière cependant quatre tribunaux supérieurs sur cinq n'ont que des chambres civiles, le tribunal de Munich seul a une chambre criminelle dont la juridiction s'étend sur tout l'État. Munich possède encore et indépendamment de cette chambre criminelle et de son tribunal régional supérieur, un tribunal suprême (*Oberstes Landesgericht*), dont la compétence est exclusivement civile, qui fait office de Cour de cassation et dont la juridiction s'étend à toute la Bavière. Cette exception est motivée par la nécessité de mettre d'accord les 60 statuts particuliers qui régissent encore l'État bavarois.

Cette juridiction exceptionnelle n'est pas la seule qui ait échappé à l'unité d'organisation judiciaire que la loi de 1877 a prétendu établir en Allemagne. Les États dont se compose l'empire offraient

Digitized by Google

une telle variété de législations et de juridictions que la loi n'a pu d'un seul coup établir l'unité à laquelle elle tendait. C'est ainsi que dès le début du Code l'article 14 énumère comme pouvant être maintenus, en dehors des tribunaux ordinaires, plusieurs tribunaux spéciaux, *les tribunaux de navigation du Rhin, les tribunaux qui connaissent des contestations en matière civile concernant le rachat des servitudes ou des redevances foncières*, qui, ainsi que d'autres encore, qu'on pourrait qualifier de transitoires, sont évidemment destinés à disparaître, comme la justice féodale dont ils dérivent et qu'ils avaient pour objet de remplacer.

Enfin nous arrivons au sommet de l'édifice judiciaire en Allemagne, au *tribunal de l'empire (Reichsgericht)*, dont la tâche particulièrement difficile dans un État fédéral est de surveiller toutes les juridictions, d'assurer l'unité du droit et de la jurisprudence parmi tous ces États indépendants qui continuent à rendre la justice d'après des lois diverses et chacun au nom de leur souverain propre. Les magistrats, présidents et conseillers qui le composent sont nommés par l'empereur, mais sur la présentation du conseil fédéral, chacun des États devant s'y trouver représentés dans une proportion que la loi a pris soin de déterminer. Son siège est fixé à Leipsig; ainsi l'a décrété une loi du 11 avril 1877 qui fut votée après une vive discussion, contrairement au vœu de la Prusse, par 213 voix contre 142.

Les attributions du tribunal de l'Empire sont celles de notre Cour de cassation ; il importe néanmoins de remarquer que si le jugement qui lui est déféré est cassé par le tribunal, l'affaire retourne pour être jugée à nouveau devant le même tribunal, la même chambre qui a rendu le premier jugement, c'est le contraire qui se passe en France et nous craignons que le mode allemand ne soit pas un progrès et offre de sérieux inconvénients.

Une disposition plus critiquable encore est celle introduite dans l'article 15 du règlement des travaux du tribunal de l'Empire. Aux termes de cet article chaque membre de la chambre a le droit de faire insérer dans le dossier (*Akten*) le vote qu'il a rendu en contradiction avec le vote de la majorité et d'en indiquer brièvement les motifs. Ainsi que le remarque M. Dubarle, cette mesure semble singulièrement dangereuse, surtout dans les

Digitized by Google

affaires politiques, et paraît de nature à paralyser l'indépendance du tribunal. Mais que penser de l'amendement qui avait été proposé dans la commission par un de ses membres, le docteur Lasker, avocat de Berlin? Lequel, soucieux avant tout de sauvegarder la responsabilité des magistrats, proposait de reconnaître à chaque juge de la minorité le droit, après le prononcé du jugement à l'audience, d'exprimer publiquement et de motiver son avis contraire au jugement. Cet amendement fut rejeté après une longue discussion, et ce fut sans doute à titre de transaction que l'autorisation de consigner leur opinion au dossier fut laissée aux juges dissidents.

Par ce petit épisode choisi entre bien d'autres et tiré des séances de la commission, on peut juger combien il est intéressant de suivre l'historique de ces travaux préparatoires dans l'introduction de M. Dubarle, qui tient exclusivement tout le premier volume.

Dans cet aperçu sommaire et, que nous aurions voulu donner plus rapide, non de l'ouvrage considérable de M. Dubarle, mais plutôt de l'organisation judiciaire allemande, le but que nous nous sommes proposé était d'indiquer l'intérêt puissant qu'offre cette publication nouvelle à tous ceux que préoccupe notre organisation judiciaire sans cesse en question. Il restait peu de place pour les appréciations, la critique et les comparaisons, et nous ne regrettons pas de nous être montré parcimonieux à cet égard; laissant au lecteur le soin de tirer lui-même de l'étude approfondie de ce beau livre les observations et les enseignements que lui suggérera sa sagacité, et convaincu qu'il en gardera comme nous un sentiment de profonde estime pour l'auteur. A. ARNAL.

LEÇONS DE PROCÉDURE CIVILE,

Par M. Boitard, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris; publiées par M. Gustave de Linage, docteur en droit; continuées et complétées par M. G. F. Colmet-Daage, doyen honoraire de la Faculté de Droit, avocat à la Cour d'appel; 14e édition mise au courant et refondue par M. E. Glasson, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de Droit, professeur honoraire à l'École libre des sciences politiques.

Compte-rendu par M. Antoine Faure, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Parmi les ouvrages consacrés à l'enseignement du droit, bien

Digitized by Google

peu, ont eu un succès aussi constant et aussi persistant que les *Leçons de procédure civile* de Boitard. Il y a cinquante ans déjà que ce jeune professeur, si prématurément enlevé à la science, attirait à l'École de Droit un auditoire nombreux et lui faisait oublier, par le charme de sa parole élégante, l'aridité des matières de son enseignement, et cependant sa mémoire est toujours vivante, son œuvre n'est pas tombée dans l'oubli, et c'est encore dans ses leçons que les étudiants d'aujourd'hui viennent étudier la procédure. C'est que Boitard a eu cette double fortune de voir ses leçons recueillies à l'aide de la sténographie et publiées par un de ses élèves, M. de Linage, et revues et continuées par son successeur à l'École de Droit, M. Colmet-Daage, aujourd'hui doyen honoraire de la Faculté de Paris. Le savant professeur ne s'est du reste pas contenté de tenir l'œuvre de Boitard au courant de la législation et de la jurisprudence, il l'a achevée et en a fait un traité complet de procédure civile. Le commentaire des titres du faux incident, des rapports d'experts, des règlements de juges, de la récusation, de la saisie-exécution, de la contribution, de la saisie immobilière, des incidents dans la poursuite de saisie immobilière, de l'ordre et des livres I et II de la deuxième partie du Code, est dû exclusivement à M. Colmet-Daage; et, depuis longtemps déjà, on a justement loué la clarté d'exposition et la sûreté de doctrines qu'il a apportées dans l'explication de ces matières.

Aujourd'hui les éditeurs viennent de faire paraître la quatorzième édition *des Leçons de procédure* mise au courant et refondue par M. Glasson. Nous sommes heureux de constater que leur choix ne pouvait être mieux inspiré et que la collaboration de l'éminent professeur contribuera à augmenter encore, si faire se peut, le succès de l'ouvrage qui contient maintenant l'exposé de l'enseignement des trois maîtres qui ont occupé successivement, avec autant d'éclat que de science, la chaire de procédure civile à la faculté de Paris.

Grâce à la méthode adoptée par M. Colmet-Daage et suivie par M. Glasson, l'œuvre personnelle de chacun des auteurs conserve son originalité et son individualité propre, sans que pour cela l'harmonie de l'ensemble et l'unité de l'ouvrage en soient troublées.

Digitized by Google

On a conservé les signes qui permettent de distinguer le texte original de Boitard des additions faites par M. Colmet-Daage. Les compléments apportés par M. Glasson sont compris entre deux astérisques. M. Glasson, en effet, ne s'est pas borné à mettre l'ouvrage au courant de la jurisprudence, dont les citations n'avaient peut-être pas été suffisamment révisées dans la précédente édition il s'est attaché à traiter un grand nombre de questions nouvelles. Il a particulièrement complété et refondu la théorie de l'organisation judiciaire, à propos de laquelle il signale les modifications apportées par la loi du 30 août 1883. Du reste la seule disposition de cette loi qui touche à la procédure civile est celle qui prescrit aux juges de siéger toujours en nombre impair. Cette disposition, qui a pour but d'éviter les partages, est très sage ; mais M. Glasson fait avec beaucoup de raison remarquer qu'elle contient une double lacune. En effet, il est fâcheux que le législateur n'ait songé qu'aux tribunaux d'arrondissement et aux Cours d'appel ; il suit de là que les tribunaux de commerce et la Cour de cassation peuvent encore siéger en nombre pair ; d'autre part, si la loi nouvelle rend les partages très rares, elle ne les rend cependant pas impossibles ; il peut arriver que, même dans un tribunal composé d'un nombre impair de magistrats, le vote ne donne pas comme résultat une majorité absolue [1].

La partie la plus importante de l'œuvre personnelle de M. Glasson dans la nouvelle édition des *Leçons de procédure* est assurément la théorie de la compétence. Résumant la doctrine qu'il a développée d'une façon si remarquable il y a quelques années dans un article publié par cette *Revue* [2], l'éminent professeur a exposé de la façon la plus claire cette question que tous les juristes considèrent comme extrêmement délicate et difficile ; il nous paraît impossible de mieux établir la distinction entre l'incompétence absolue et l'incompétence relative. Sur un point particulier, la nature de l'incompétence du tribunal civil d'arrondissement à l'égard des matières déférées par la loi aux juridictions

[1] On lira avec intérêt la note de M. Glasson sur les partages de juges, insérée au *Recueil périodique de Dalloz* (84. 1. 17) sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 janvier 1883.

[2] *De l'incompétence absolue*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1881, p. 228, 407, 496, 580 et suiv.

Digitized by Google

d'exception de l'ordre civil, M. Glasson professe une doctrine qui, croyons-nous, est absolument neuve. Elle peut se résumer ainsi : La juridiction de droit de commun est le tribunal d'arrondissement; à côté de lui se trouve, dans certains arrondissements, une juridiction d'exception, le tribunal de commerce ; au-dessous du tribunal civil, dans la hiérarchie judiciaire, sont placés le juge de paix et le conseil des prud'hommes, qui constituent tous deux des juridictions d'exception; enfin, au-dessus des tribunaux d'arrondissement sont établies des Cours d'appel qui constituent d'ailleurs, comme eux, des tribunaux de droit commun, mais du second degré. Il existe ainsi trois échelons dans la hiérarchie judiciaire, quoique la loi admette seulement deux degrés de juridiction. Lorsqu'on touche à l'ordre des juridictions ou à leur hiérarchie, par exemple si l'on saisit le tribunal civil d'une affaire réservée par la loi au juge de paix, les principes fondamentaux de notre organisation judiciaire sont menacés et il y a dans ce cas incompétence absolue. Mais porte-t-on une affaire commerciale au tribunal civil, c'est bien un tribunal du même degré que le tribunal de commerce qui est saisi de l'affaire, et, comme il est en outre juge de droit commun, on doit admettre que son incompétence est purement relative.

Quelque habilement présentée que soit cette thèse, il ne nous paraît pas possible d'y adhérer; aucun texte de loi ne vient étayer ce système de compétence hiérarchique et il aboutit à une distinction purement arbitraire. Le seul fait que l'une a été instituée juge d'appel de l'autre ne nous paraît pas suffisant pour conclure à une hiérarchie de compétence entre une juridiction de droit commun et une juridiction d'exception, comme le tribunal civil et la justice de paix, ou entre des juridictions d'attributions aussi diverses que le tribunal de commerce et le conseil de prud'hommes. Nous préférons, quant à nous, le système de la jurisprudence : le tribunal civil, juridiction de droit commun en première instance, peut en principe, en vertu de la plénitude de cette juridiction, connaître de toutes les affaires qui lui sont soumises. Sans doute, par faveur pour certaines parties, le législateur leur permet de porter certaines affaires devant des tribunaux d'exception ; mais, par cela même que c'est une faveur,

Digitized by Google

les parties peuvent y renoncer et l'ordre public n'est nullement intéressé à ce qu'elles en profitent. L'incompétence du tribunal civil est donc purement relative aussi bien à l'égard des affaires de la compétence du juge de paix qu'à l'égard des affaires commerciales.

Ce système présente d'abord l'avantage pratique d'éviter les déclarations d'incompétence et par suite les frais et les procédures inutiles. De plus il ne crée pas, quant à la nature de la compétence, entre les matières commerciales et celles attribuées au juge de paix, une distinction qui nous paraît arbitraire. N'y a-t-il pas en effet mêmes raisons de décider et partant n'est-ce pas le cas d'appliquer l'axiôme *ubi eadem ratio, ibi idem jus?* Mais, répond M. Glasson, les raisons de décider ne sont pas les mêmes parce que « le tribunal civil saisi d'une affaire commerciale la juge avec les formes de la procédure commerciale, tandis que, dans le silence de la loi, il n'est pas possible qu'il instruise une affaire de la compétence du juge de paix avec la procédure propre à cette juridiction. Il faudrait donc employer pour ces affaires la procédure plus lente et plus coûteuse des tribunaux d'arrondissement. » Nous sommes quelque peu effrayé à la pensée de reprocher une inexactitude, même légère, à un jurisconsulte aussi autorisé que M. Glasson ; cependant nous nous enhardissons en nous rappelant que l'obscur Sabinus eut une fois raison contre Papinien.

Sans doute le tribunal civil, jugeant commercialement dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunaux de commerce, juge avec les formes et la procédure commerciales. Mais ce n'est pas ce dont il s'agit. La question suppose un tribunal civil saisi d'une affaire commerciale qui aurait dû être portée devant le tribunal de commerce, parce qu'il en existe un dans l'arrondissement. Si les parties ne déclinent pas sa compétence *in limine litis*, le tribunal civil jugera l'affaire et il la jugera suivant les formes et la procédure civiles parce qu'un tribunal civil qui n'a pas d'audience commerciale n'emploie jamais les formes et la procédure commerciales. C'est la pratique constante, conforme du reste à la loi. L'argument tombe donc et avec lui la distinction proposée par M. Glasson.

Digitized by Google

Parmi les additions importantes que contient la nouvelle édition des *Leçons de procédure civile*, nous signalerons particulièrement celles relatives au rôle du ministère public en matière civile, au serment des avocats ou avoués appelés à remplacer des magistrats empêchés, à la distraction des dépens, à la nature et aux caractères de la tierce opposition, aux actions possessoires, aux modifications apportées à l'art. 693 par la loi du 2 juin 1881, aux collocations en sous ordres, etc...

Enfin nous devons une mention toute spéciale au commentaire de la procédure du divorce, remise en rigueur par la loi du 27 juillet 1884, que M. Glasson a donné à la suite du titre consacré à la séparation de corps et au divorce. Quoique condensé en quelques pages, ce commentaire est aussi précis et aussi complet que possible et il sera pour les praticiens un guide sûr à travers le dédale des dispositions compliquées édictées par le Code civil en matière de divorce. Mais, tout en louant sans réserve ce petit traité, nous espérons qu'il deviendra bientôt inutile. En effet, sur les réclamations unanimes de la magistrature et du barreau, le ministère de la justice vient de préparer un projet de loi modifiant complètement la procédure du divorce; nous ne pouvons que souhaiter que ce projet soit au plus tôt adopté par les Chambres et que nous soyons ainsi débarrassés de ce luxe de formalités surannées et inutiles qui, loin d'arrêter les plaideurs en divorce, ne font qu'entraver l'administration de la justice.

En résumé, cette quatorzième édition offre un commentaire complet du Code de procédure et des lois qui s'y rattachent et nous avons l'entière conviction que les perfectionnements apportés par M. Glasson à l'œuvre magistrale de MM. Boitard et Colmet-Daage achèveront de faire des *Leçons de procédure civile*, non seulement un livre classique par excellence, mais aussi un ouvrage précieux pour les magistrats et les jurisconsultes.

ANTOINE FAURE.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

DROIT INTERNATIONAL

(Décisions de 1884),

Par M. Louis Renault, professeur à la Faculté de droit de Paris
et à l'Ecole libre des sciences politiques.

CONSUL ÉTRANGER. — DIFFAMATION. — CARACTÈRE.

Un consul espagnol ayant porté plainte à raison d'une diffamation, une difficulté s'est élevée sur la disposition applicable. L'art. 37 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse réprime « l'outrage commis publiquement envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatiques accrédités près du gouvernement de la République. » Cette disposition s'applique-t-elle aux consuls? La Cour de Paris, par arrêt du 28 juin 1883[1], et la Cour de Cassation, par arrêt du 9 février 1884, [2] ont admis la négative. Sans doute les consuls étrangers ne peuvent être regardés à tous les points de vue comme de simples particuliers; ils jouissent de certaines immunités assez étendues en vertu du droit commun ou des conventions internationales, mais jamais on ne les a assimilés à des agents diplomatiques, et les catégories de l'art. 37, quelque larges qu'elles paraissent, ne sauraient les comprendre. Il y a entre eux et les agents diplomatiques de toute classe cette différence essentielle que les seconds représentent l'Etat qui les envoie, sont accrédités par un gouvernement auprès d'un autre gouvernement, tandis que les consuls sont des agents chargés de défendre les intérêts de leurs nationaux, sans avoir le caractère représentatif, et ne sont nullement accrédités auprès du gouvernement du pays où ils exercent leurs fonctions, et les derniers termes de l'art. 37 ne leur conviennent en rien ; ils ne sont en relation officielle qu'avec les autorités locales et ne peuvent en principe s'adresser au gouvernement lui-même que par l'intermédiaire de leur agent diplomatique. C'est ainsi également qu'on n'a jamais réclamé

[1] Dalloz, 1884. 2. 115 et Sirey, 1884. 2. 29.
[2] Dalloz, 1884. 1. 307.

Digitized by Google

pour les consuls l'immunité absolue de juridiction qui est généralement admise en faveur des agents diplomatiques; on a reconnu seulement qu'ils n'ont pas à répondre, devant la juridiction du pays où ils exercent leurs fonctions, des actes qu'ils ont faits en leur qualité officielle, parce que ce serait en réalité rendre leur gouvernement justiciable de cette juridiction [1].

A défaut de l'art. 37, on prétendait appliquer l'art. 31 de la même loi de 1881, qui prévoit la diffamation commise, à raison de ses fonctions ou de sa qualité, contre *un fonctionnaire public*. La conséquence aurait été que la Cour d'assises aurait été compétente et que la preuve du fait diffamatoire aurait pu être fournie (Cf. art. 34 et 47). Le tribunal de police correctionnelle, saisi de la plainte, s'était effectivement déclaré incompétent, mais sa décision a été infirmée par la Cour de Paris, et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi (V. les arrêts précités). Les consuls étrangers ont bien un caractère public même au regard du gouvernement français qui leur délivre *l'exequatur*, qui leur assure certains privilèges, mais ce ne sont pas les fonctionnaires publics qu'a eus en vue l'art. 31 de la loi de 1881 et qui ne peuvent être que des agents nommés par le gouvernement français et, dans une certaine mesure, investis d'une part de son autorité. Dans l'espèce, le consul espagnol était diffamé à raison d'un contrat de mariage passé par lui entre Espagnols; il s'agissait donc d'un acte accompli par lui comme fonctionnaire espagnol et dont il ne devait compte qu'à son gouvernement. Comme le dit la Cour d'appel, « les convenances internationales permettraient difficilement, dans de pareilles conditions, d'astreindre l'agent consulaire d'une puissance étrangère à débattre et à justifier devant le jury français une conduite dont il ne doit compte qu'au gouvernement qui l'ainstitué. » Cet écueil est évité pour les agents diplomatiques, puisque l'art. 35 de la loi de 1881 n'admet pas la preuve de la vérité des imputations outrageantes dont ils sont admis à se plaindre en vertu de l'art. 37.

La conclusion est donc que les consuls étrangers, au point de vue des diffamations dont ils auraient à se plaindre, ne sont régis ni par l'art. 31, relatif aux fonctionnaires français, ni par l'art. 37,

[1] *Cf.* Paris, 30 juin 1876, *Sirey*, 1877. 1. 17.

Digitized by Google

relatif aux agents diplomatiques. Ils rentrent dans la règle générale de l'art. 32 qui punit la diffamation commise envers les particuliers, sans qu'il y ait à distinguer suivant que cette diffamation concerne leur vie privée ou leurs fonctions officielles.

CONTESTATIONS ENTRE ÉTRANGERS. — STATUT PERSONNEL. — INCOMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS.

La femme Eskoff a formé contre son mari une demande en séparation de corps devant le tribunal de la Seine, et un jugement par défaut du 24 avril 1884 l'a autorisée à faire la preuve de divers faits articulés par elle. Mais, sur l'opposition du sieur Eskoff, le tribunal s'est déclaré incompétent par jugement en date du 4 décembre 1884 [1], l'incompétence résultant de ce que les époux Eskoff sont étrangers. Je ne veux pas discuter ici la question générale de savoir comment doit être réglée la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers plaidant entre eux. Je considère comme erroné le point de départ de la jurisprudence qui est l'incompétence et comme arbitraires la plupart des dérogations que, sous l'empire de diverses circonstances, elle a apportées à son prétendu principe [2]. Je veux seulement montrer, à propos de l'espèce que je viens d'indiquer, les conséquences excessives et véritablement iniques auxquelles peut aboutir le système de la jurisprudence.

Le sieur Eskoff ne rapportait pas la preuve exacte de sa nationalité, mais le tribunal dit qu'il est constant qu'il est d'origine étrangère : « *Il parait certain* qu'il est né dans une ville du nom de Wislika, qui fait aujourd'hui partie de la Pologne russe; il n'a été ni naturalisé Français, ni même autorisé à établir son domicile en France; il est donc étranger. » Ainsi telle est la situation : des époux se sont mariés en France, ils y ont habité longtemps. La femme demande sa séparation de corps; par cela seul qu'elle ne pourra pas établir la nationalité française de son mari, elle ne sera pas admise à plaider devant les tribunaux français. A quelle juridiction s'adressera-t-elle, puisque le tribunal ne peut dire à quelle

[1] *Gazette des tribunaux* du 4 janvier 1885.

[2] Cf. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1884, p. 708.

Digitized by Google

nationalité appartient le mari? Même lorsque le mari a une nationalité bien déterminée, la déclaration d'incompétence des tribunaux français met l'époux demandeur dans une situation fâcheuse, puisqu'il lui sera le plus souvent impossible en fait d'aller plaider devant le tribunal d'un pays éloigné avec lequel il n'a aucune relation, où les époux peuvent n'avoir jamais résidé; j'ajoute que quelquefois ce tribunal se déclarerait incompétent, parce que les époux n'ont aucun domicile dans son ressort. Ici c'est bien autre chose, puisqu'on ne peut pas même dire à l'époux demandeur que les tribunaux d'un pays déterminé sont *a priori* compétents pour connaître de sa demande. Cela ne revient-il pas à mettre hors la loi les individus, et ils sont encore nombreux, qui n'ont aucune nationalité déterminée? Un Français a pris du service militaire à l'étranger sans autorisation du gouvernement, il a perdu sa nationalité (art. 21, C. civ.) sans en avoir acquis une autre; il rentre en France, il se marie. Sa femme demande la séparation de corps, il oppose l'incompétence; ne doit-il pas triompher avec la doctrine du tribunal de la Seine, puisque, s'il n'appartient pas à une nationalité étrangère déterminée, il est constant qu'il n'est pas Français?

Il y avait encore une particularité dans l'espèce. La dame Eskoff soutenait qu'Eskoff ne pouvant rentrer dans son pays, l'exception soulevée par lui, si elle était accueillie, la mettrait dans l'impossibilité d'obtenir la justice qu'elle réclame. Le tribunal répond que, « quelle que soit au point de vue de l'exercice « des droits civils et politiques la situation résultant pour Eskoff « des lois de son pays d'origine, ces lois concernent les rap- « ports existants entre Eskoff et son gouvernement, mais ne « peuvent influer snr l'application en France des principes en « matière de juridiction et de compétence. » Je sais que cette décision n'est pas sans précédent [1]; elle ne m'en paraît pas moins exorbitante. Il faudrait, ce semble, une règle bien impérieuse, bien formelle, pour contraindre un juge à admettre un pareil résultat. Voilà des individus qui vivent en France sous la protection des lois françaises; une difficulté s'élève entre eux, ils n'ont conservé aucune relation avec un pays autre que la

[1] Cass. 16 mai 1849, *Dalloz*, 1849, 1. 256.

Digitized by Google

France, ne peuvent même pas rentrer dans le pays qui a pu être le leur, et tout accès aux tribunaux de ce pays leur est interdit. Ils s'adressent donc aux tribunaux du pays où ils résident, les seuls qui en fait puissent être compétents. Ces tribunaux refusent de les juger. Que reste-t-il alors aux malheureux plaideurs? Un pareil déni de justice n'est-il pas contraire à l'ordre public? Je sais bien que les tribunaux français se considèrent comme autorisés à prendre des mesures provisoires, mais cela est évidemment insuffisant. Ainsi, dans l'espèce, la dame Eskoff doit recevoir une pension mensuelle et est autorisée à résider provisoirement hors du domicile conjugal pendant l'espace de deux années à compter du jugement, *pendant lesquelles la dame Eskoff sera tenue de se pourvoir*. Les circonstances de l'affaire étant données, on peut se demander si vraiment il y a là une ressource sérieuse pour la demanderesse et si, les deux années expirées, elle ne sera pas forcément dans la même situation.

Je ne ferai plus qu'une observation sur ce jugement que j'ai critiqué avec une certaine vivacité, parce qu'il s'agit d'un point qui me tient à cœur; il y a là, à mon avis, une réforme à faire dans la législation, s'il est impossible de faire revenir la jurisprudence sur ses errements. Le tribunal dit d'abord qu' « il est « de principe que les tribunaux français ne peuvent pas statuer « au fond sur les contestations qui s'élèvent entre étrangers, à « moins que ces contestations ne leur soient soumises du con- « sentement des deux parties. » On n'a jamais pu dire où était écrit ce principe, d'autant plus tyrannique pour les tribunaux qu'ils l'ont eux-mêmes imaginé. Puis le tribunal examinant le moyen tiré par la dame Eskoff de ce que, son mari ayant dans ses conclusions d'opposition demandé le rejet de la demande, le débat se trouvait lié au fond, répond : « Sans qu'il soit besoin « d'examiner si l'objection est fondée en fait, l'exception soulevée « par Eskoff reposant sur un motif d'ordre public peut être « opposée en tout état de cause devant les juges du fond. » Il est bien difficile de concilier ces deux parties du jugement. Si réellement l'incompétence des tribunaux français en cette matière est d'ordre public, je ne vois pas ce que peut faire le consente-

Digitized by Google

ment des deux parties dont parle cependant le jugement en formulant son principe. Si, au contraire, le consentement des parties peut rendre le tribunal compétent, qu'importe que ce consentement soit exprès ou tacite? Je sais bien que les tribunaux ne sont pas d'accord sur la nature de leur prétendue incompétence, cela me confirme dans l'opinion que notre jurisprudence s'est tout-à-fait égarée en cette matière et refuse à des intérêts légitimes la protection à laquelle ils ont droit sur notre territoire.

CONTRAT DE MARIAGE. — ALIÉNABILITÉ DES BIENS DOTAUX. — LOI APPLICABLE.

Deux sujets espagnols se sont mariés en France et ont fait précéder leur union d'un contrat reçu Boissel, notaire à Paris, le 9 janvier 1872, dans lequel ils ont déclaré adopter le régime dotal. La future épouse s'est constitué en dot deux titres de rente 3 0/0 sur l'État français, et les époux se sont réservé le droit d'aliéner les valeurs dotales à la condition d'en faire l'emploi déterminé par le contrat. Dans ces circonstances, M. et Mme de Palacios ont chargé un agent de change de procéder à la vente des titres de rente constitués en dot; l'agent de change a exigé, pour procéder à l'aliénation, que, conformément au contrat de mariage, il lui fût justifié d'un remploi. Les époux de Palacios ont prétendu qu'il n'y avait pas à tenir compte de la condition insérée dans leur contrat de mariage, parce qu'elle était contraire à la loi espagnole, celle-ci n'admettant pas le principe de l'inaliénabilité de la dot. Le tribunal de la Seine leur a donné gain de cause par jugement du 20 août 1884 [1] et cette décision me paraît pleinement conforme aux principes. Je ne veux pas entrer dans l'examen des difficultés très complexes que soulève le conflit des lois en matière de régime matrimonial; je fais remarquer seulement qu'à mon avis, la question de savoir si tel bien dotal est ou non aliénable, à quelles conditions il peut être aliéné, rentre dans le statut personnel, puisqu'il s'agit de déterminer l'étendue de la capacité des époux, ou mieux de la femme. Si donc on admet que

[1] *France judiciaire*, décembre 1884, p. 90, et *Journal du Droit international privé*, 1885, p. 76.

Digitized by Google

c'est la loi nationale qui est compétente pour régler la capacité, cette loi doit être par là même consultée pour apprécier la validité des clauses du contrat de mariage qui concernent la capacité : il n'y a à tenir compte ni de la loi du lieu où le contrat a pu être dressé ni de la loi du domicile matrimonial. Donc, du moment où il était reconnu que la loi espagnole n'admet pas que les biens dotaux puissent être rendus inaliénables, des Espagnols n'avaient pu par une clause expresse soumettre l'aliénation de ces biens à la condition d'un remploi. On ne peut pas plus, par un acte de sa volonté, restreindre sa capacité que l'augmenter [1]. Le raisonnement que je fais montre que je ne restreins pas la solution au cas où il s'agit de meubles, mais que je l'applique même aux immeubles qui seraient situés en France. Bien qu'on l'ait jugé [2], il me paraît déraisonnable de dire que la règle de l'art. 1554 du Code civil est de statut réel, de telle sorte que les immeubles situés en France et appartenant à des étrangers mariés sous le régime dotal seraient forcément soumis à la loi française ; c'est faire une application erronée du principe général de l'art. 3, al. 2, du Code civil. La disposition de l'art. 1554 a pour but de régler non la condition des biens, mais la condition des personnes ou, d'une manière plus précise, la capacité de la femme. Ce n'est pas dans un intérêt public que l'inaliénabilité est admise, c'est dans l'intérêt de la femme et des enfants à naître du mariage, c'est-à-dire dans l'intérêt de la famille. La loi compétente est donc celle qui protège cette famille et pour nous c'est la loi nationale.

Dans l'espèce, les futurs époux avaient la même nationalité ; il pourrait en être autrement. La solution devrait-elle être également approuvée, si le futur Espagnol avait épousé une Française ? Je le crois, parce que la femme acquérant par le mariage la nationalité du mari et le contrat de mariage ne produisant d'effet que par le mariage, c'est la loi du mari qui est la loi des époux [3].

[1] Cf. ce que j'ai eu déjà occasion de dire notamment pour le cas où des étrangers se sont mariés en France sans contrat, *Revue critique*, 1883, p. 729 ; 1884, p. 729.

[2] Cass. 2 mai 1825, S. 1825. 1. 117.

Dans ce même sens, Fœlix, *Droit international privé*, 1, n° 60 : il est critiqué sur le point par M. Demangeat.

[3] Je ne veux pas dire, bien entendu, que pour savoir si la future épouse est

Digitized by Google

ÉTRANGER. — INSTITUTION CONTRACTUELLE. — IMMEUBLES SITUÉS EN FRANCE.

Le comte Garcia de la Palmîra, sujet espagnol, a, par contrat de mariage reçu à Rome le 21 avril 1870, donné à sa fille, aujourd'hui comtesse Antonelli, par préciput et hors part, le quart des biens qu'il laisserait à son décès. La validité de cette donation a été contestée par un frère de la comtesse Antonelli, qui a invoqué la législation espagnole d'après laquelle les filles ne peuvent être avantagées par aucun acte entre-vifs (L. 6, art. 3 de la *Novissima Recopilacion*). La Cour de Paris a admis cette prétention par un arrêt du 12 mars 1881 infirmant un jugement du tribunal de la Seine du 31 juillet 1879, qui, appliquant à l'espèce l'art. 3, al. 2, C. civ., déclarait valable l'institution contractuelle, en tant qu'elle portait sur les immeubles situés en France [1]. La Cour de cassation, a cassé l'arrêt de la Cour de Paris, arr. du 2 avril 1884 [2]. Voici les motifs de sa décision : il résulte de l'art. 3, § 2, C. civ., que tout ce qui touche à la transmission des biens immeubles, soit par voie de succession *ab intestat*, soit par voie d'institution contractuelle, est régi par le statut réel français et non par le statut personnel de celui dans la succession duquel les biens se trouvent. Quels que soient dès lors la nationalité des intéressés et le lieu où l'acte de transmission a été passé, c'est d'après la loi française que doivent être appréciées la valeur de cet acte et la légalité des stipulations qu'il contient. L'art. 1082, C. civ., autorise les père et mère d'un époux à disposer au profit de ces époux par préciput et hors part et dans un contrat de mariage, de tout ou partie des biens qu'ils laisseraient à leur décès. Garcia de la Palmira a donc pu faire à sa fille l'institution contractuelle dont

capable de consentir un contrat de mariage, ce n'est pas sa loi nationale qu'il faut consulter ; ce serait mettre l'effet avant la cause que de tenir compte, pour determiner cette capacité, de la nationalité que le mariage doit lui faire acquérir. Mais la femme étant supposée capable en principe, d'après sa loi, quelles stipulations peuvent être insérées dans le contrat de mariage, c'est une tout autre question. Cf. Asser et Rivier, *Eléments de dr. intern. privé*, § 51, *in fine*.

[1] Dalloz, 1881. 2. 137. Cf. Examen doctrinal, *Revue critique* 1882, p. 712.

[2] Dalloz, 1884 1. 277.

Digitized by Google

la comtesse Antonelli demande l'application au partage des immeubles dépendant de la succession de son père qui sont situés en France. En jugeant le contraire et en faisant prévaloir la loi espagnole sur le statut réel qui, en France, régit les immeubles situés sur son territoire, l'arrêt attaqué a violé les dispositions des art. 3, al. 2, et 1082, C. civ.

En appréciant l'arrêt cassé, je disais que la question était délicate. Je ne trouve pas que la Cour suprême l'ait éclairée d'un jour nouveau, et, si j'osais exprimer toute ma pensée, je dirais que ses motifs ne touchent pas à ce qui me paraît la véritable difficulté du débat. Il est bien évident que ses affirmations ne peuvent pas être contestées en elles-mêmes, que la loi française régit la transmission des immeubles situés en France, indépendamment de la nationalité des intéressés et du lieu où l'acte a été passé. Mais précisément dans l'espèce il s'agissait de savoir quel est le véritable caractère de la disposition de la loi espagnole, si elle règle une question de transmission et de disponibilité, ou bien une question de capacité. Dans le premier cas, le statut réel était en jeu, et, par suite, la loi espagnole ne pouvait être invoquée pour les immeubles situés en France; dans le second cas, au contraire, le statut personnel du disposant devait être consulté, et, si son incapacité résultait de ce statut, cette incapacité devait être respectée même pour les immeubles situés en France; jamais, en effet, on n'a pris à la lettre les termes de l'art. 3, al. 2, de telle sorte que, pour un immeuble situé en France, on ne dût à aucun point de vue tenir compte d'une loi étrangère. Voilà quel était, à mon avis, le point important du débat; la Cour de cassation n'en a rien dit. Il est vrai d'ajouter que la Cour de Paris avait mal motivé sa décision en se fondant sur ce que le contrat de mariage avait été passé non en France et conformément à l'art. 1082, C. civ., mais à Rome; cette circonstance, était absolument indifférente. Il aurait fallu mettre mieux en relief le caractère que la Cour d'appel entendait assigner à la loi espagnole : la Cour suprême aurait été alors forcée de s'expliquer à ce sujet et n'aurait pas dû se borner aux motifs trop généraux allégués par elle.

Digitized by Google

ÉTRANGER MINEUR. — EXPULSION. — NAISSANCE EN FRANCE. — EFFET RÉTROACTIF DE LA DÉCLARATION D'OPTION. — NULLITÉ DE L'ARRÊTÉ D'EXPULSION.

Frischknecht est né à Lyon le 14 novembre 1862, de parents suisses; le 4 avril 1882, il a été l'objet d'un arrêté d'expulsion par application de l'art. 7 de la loi du 3 décembre 1849. Rentré en France, il a été arrêté le 22 décembre 1883 et condamné à deux mois d'emprisonnement par jugement du 27 du même mois. Il a interjeté appel et, avant de se présenter devant la Cour, il a, le 2 février 1884, réclamé la qualité de Français en vertu de l'art. 9, C. civ. Il a alors prétendu que cette réclamation avait eu pour résultat de le faire considérer comme Français de naissance, de telle sorte que l'arrêté d'expulsion rendu contre lui devait être regardé comme nul et non avenu. La Cour de Paris, par arrêt du 6 février 1884 [1], a rejeté avec raison cette prétention. Elle admet bien que la déclaration faite dans les termes de l'art. 9, C. civ., a un effet rétroactif, mais cette rétroactivité ne peut effacer les faits régulièrement accomplis. Avant la déclaration, Frischknecht était étranger et l'arrêté d'expulsion étant régulier devait être respecté et sanctionné.

Le prévenu soutenait encore qu'étant mineur, il ne pouvait faire l'objet d'un arrêté d'expulsion pris individuellement contre lui, alors que son père résidait encore en France. Cette prétention n'était pas mieux fondée que la précédente. Il n'y a pas de question de domicile en jeu; il s'agit d'une mesure de police qui peut être nécessaire contre un mineur personnellement. Les termes de la loi de 1849 sont d'ailleurs aussi absolus que possible; ils permettent l'expulsion de *tout étranger* sans faire aucune réserve.

Au sujet de l'expulsion d'un étranger, le Conseil d'État a, le 14 mars 1884 [2], rendu une décision d'un assez grand intérêt pratique. Il a admis que l'autorité judiciaire, compétente pour statuer sur les poursuites exercées en vertu de l'art. 8 de la loi de 1849, l'était aussi pour apprécier les moyens de défense que le prévenu tire de l'illégalité prétendue de l'arrêté d'expul-

[1] Dalloz, 1885. 2. 44.
[2] Dalloz, 1885. 3. 9.

Digitized by Google

sion pris contre lui par le ministre de l'intérieur: le Conseil d'État n'a donc pas à statuer sur le mérite de ces moyens de défense, lorsqu'il est saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir. Souvent ces moyens de défense mettent en jeu une question de nationalité qui est naturellement du ressort de l'autorité judiciaire [1].

EXTRADITION. — EFFET LIMITÉ.

Un mandat d'arrêt a été décerné par le juge d'instruction de Lyon le 31 janvier 1883 contre le sieur Cyvoct pour « avoir, à Lyon, « dans la nuit du 22 au 23 octobre 1882, de complicité avec une « fille Monnin et un individu resté inconnu : 1° commis un « homicide volontaire sur la personne du sieur Miodre avec les « circonstances de préméditation et de guet-apens; 2° commis « plusieurs tentatives d'homicides volontaires avec les mêmes cir- « constances aggravantes sur la personne des nommés Kœmgen, « Coissard, Thirier, Curt, Pernelt et Rose Theano, lesquelles « tentatives, manifestées par un commencement d'exécution, « n'ont été suspendues ou n'ont manqué leur effet que par une « circonstance indépendante de la volonté de leur auteur, crimes « prévus et punis par les art. 295 et suiv., 2, 59 et 60 du Code « pénal. » Cyvoct s'étant réfugié en Belgique, le gouvernement français demanda son extradition en produisant le mandat d'arrêt dont un extrait vient d'être rapporté. Le gouvernement belge, sur l'avis conforme de la Cour de Bruxelles, accorda cette extradition dans les termes où elle lui était demandée, sans faire aucune réserve. Cyvoct a été traduit devant la Cour d'assises du Rhône. Le jury a répondu négativement à la question de savoir si Cyvoct était coupable d'avoir à Lyon, dans la nuit du 22 au 23 octobre 1882, volontairement donné la mort à Louis Miodre, mais il a déclaré que Cyvoct était coupable « d'avoir par machinations et artifices coupables provoqué à ce meurtre ou d'avoir donné des instructions pour le commettre », ledit meurtre ayant été commis avec préméditation. Des réponses analogues ont été faites en ce qui concerne les tentatives de meurtres. En conséquence, un arrêt de la Cour d'assises du Rhône du 12 décembre

[1] Cf. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1884, p. 711.

Digitized by Google

1883 a condamné Cyvoct à la peine de mort par application des art. 2, 59 et 60, 295 et 302 du Code pénal.

Cyvoct s'est pourvu contre cet arrêt; il invoquait plusieurs moyens, mais je ne relève que celui qui touche à l'extradition, qui a donné lieu à des discussions dans la presse et même au Parlement belge. Les règles générales de l'extradition et spécialement les dispositions du traité conclu entre la Belgique et la France le 15 août 1874 avaient-elles été méconnues par la Cour d'assises du Rhône? La Cour de cassation ne l'a pas pensé et elle a rejeté le pourvoi par arrêt du 11 janvier 1884 [1]; je crois que c'est bien jugé, que même cela ne pouvait guère faire difficulté; toutefois la question mérite d'être examinée avec soin, car elle met en jeu des principes essentiels de la matière.

Au premier abord, on ne voit pas comment l'arrêt de condamnation peut être critiqué, alors qu'il ne fait qu'appliquer des dispositions expressément visées dans le mandat d'arrêt sur la production duquel l'extradition a été demandée et accordée. Cyvoct, d'après les termes du mandat relevés plus haut, était réclamé afin d'être jugé pour des faits d'assassinat, de tentative d'assassinat ou de complicité de ces crimes; les art. 59 et 60 du Code pénal sur la complicité étaient formellement cités et on devait d'autant mieux les connaître en Belgique qu'ils y ont été appliqués jusqu'en 1867. La question, à laquelle le jury a répondu affirmativement, reproduisait l'un des paragraphes de l'art. 60, et par suite Cyvoct a bien été condamné pour l'un des faits à raison desquels il avait été livré.

Mais voici ce que l'on prétendait au nom de Cyvoct. Le traité franco-belge dit bien (art. 1) que les deux gouvernements s'engagent à se livrer réciproquement les individus poursuivis comme auteurs ou *complices* pour les crimes ou délits énumérés en l'art. 2 et cet article mentionne en premier lieu l'*assassinat*, mais le même article se termine ainsi : « Dans tous les cas de crimes ou « de délits, l'extradition ne pourra avoir lieu que lorsque le fait « similaire sera punissable d'après la législation du pays à qui la « demande a été adressée. » Pour comprendre l'argument tiré de cette disposition, très simple en elle-même, il faut savoir que le

[1] Dalloz, 1884. 1. 379.

Digitized by Google

Code pénal belge de 1867 a modifié la partie de l'art. 60 relative à la complicité par provocation et que l'art. 66 du nouveau Code dit : « Seront punis comme auteurs d'un crime ou d'un délit... 3° ceux « qui par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pou- « voir, machinations ou artifices coupables, auront *directement* « provoqué à ce crime ou à ce délit. » L'innovation consiste dans l'addition du mot directement, addition qui, suivant les commentations belges [1], aurait eu pour but de préciser d'une façon plus étroite le délit de complicité par provocation et d'en écarter, en ce qui concerne les machinations ou artifices coupables, les provocations qui résulteraient d'incitations vagues, ne tendant pas d'une manière formelle, *directe*, à la perpétration du crime ou du délit. Voici donc le raisonnement : Cyvoct n'aurait pu être condamné par une Cour belge que s'il avait *provoqué directement* à commettre l'assassinat ; en vertu de la disposition finale de l'art. 2 du traité, il ne pouvait être condamné par une Cour française que sous la même condition ; la question aurait du être posée au jury du Rhône dans les termes mêmes où elle aurait été posée à un jury belge et, par suite, il aurait fallu mentionner que la provocation avait été directe.

Plusieurs questions sont ici soulevées : quel était le droit de Cyvoct? quels étaient les droits et les devoirs des tribunaux et du gouvernement français? quels étaient ceux du gouvernement belge?

Sur le premier point, la Cour de cassation dit que l'accusé, livré à la justice en vertu d'un traité d'extradition, n'a aucun titre pour réclamer contre l'application de ce traité ; elle ne fait que se conformer à une jurisprudence sur laquelle je me suis déjà suffisamment expliqué [2].

Si, dans l'état actuel de notre jurisprudence, l'extradé n'a pas le droit de se prévaloir des conditions de l'extradition, les tribunaux ont le devoir d'appliquer le traité, de respecter les engagements qui ont pu être pris, et le gouvernement français est naturellement obligé de veiller à ce que les clauses du traité général ou de la convention spéciale en vertu de laquelle la remise du fugitif a été effectuée, soient fidèlement observées. Ces devoirs ont-

[1] Cf. notamment Haus, *Principes du droit pénal*, n°s 478, 498 et 510.

[2] Cf. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1884, p. 712-714.

Digitized by Google

ils été méconnus dans l'espèce ? Nous disons sans hésiter que non. L'instruction a été poursuivie, la condamnation a été prononcée dans les termes mêmes du mandat d'arrêt produit au gouvernement belge et il y a une application stricte de l'art. 10 du traité ainsi conçu : « L'individu qui aura été livré ne pourra être pour-« suivi ou jugé contradictoirement pour aucune infraction autre « que *celle ayant motivé l'extradition...* » Ce serait une singulière prétention et le plus souvent irréalisable que celle qui imposerait aux juges du pays qui a obtenu l'extradition, l'obligation de modeler leur décision sur la législation du pays qui l'a accordée, de qualifier le fait dans les termes admis par cette dernière législation. Aucune disposition des traités ne peut être invoquée à l'appui d'une pareille prétention et je ne crois pas qu'elle ait jamais été soutenue dans la doctrine. Ainsi donc la Cour d'assises du Rhône n'avait à se préoccuper que de la loi française et elle a respecté le traité d'extradition en condamnant Cyvoct par application de l'art. 60 du Code pénal [1].

Il faut bien cependant donner une portée à la disposition finale de l'art. 2 du traité. Je crois qu'on s'est tout-à-fait mépris en l'invoquant pour critiquer la justice ou l'administration française ; c'étaient la justice et l'administration belges qui avaient à s'en préoccuper. L'art. 2 en effet ne touche pas aux conséquences de l'extradition, ce point est réglé par l'art. 10. Il se place au moment où il s'agit *d'accorder* l'extradition, d'apprécier la demande qui est faite ; il réserve au gouvernement du pays requis, au gouvernement belge dans l'espèce, le droit de refuser l'extradition même pour un fait revêtu d'une des qualifications insérées dans l'art. 2, s'il est établi que le fait similaire n'est pas punissable d'après la législation belge. Si donc le gouvernement belge craignait que Cyvoct ne fût condamné pour un fait de complicité non

[1] C'est ce qu'a soutenu devant la Chambre des représentants de Belgique, M. Bara, ministre de la justice, sur une interpellation de M. Janson (séance du 1er février 1884). Un ordre du jour portant que « le nommé Cyvoct a été condamné par la Cour d'assises du Rhône pour des faits pour lesquels il n'a pas été extradé », a été rejeté par 111 voix contre 4. M. Bara avait fait remarquer ce qu'il y avait de singulier à faire prononcer une Chambre belge sur les actes de la justice française ; tout ce qu'elle avait le droit de faire, c'était de blâmer le gouvernement belge.

Digitized by Google

admis par la législation belge, c'était à lui à faire des réserves, à provoquer des éclaircissements, comme l'y autorisait l'art. 5 du traité, à demander qu'on précisât davantage les circonstances constitutives de la complicité. Si une faute avait été commise, c'était donc en Belgique et non en France [1]. J'ajoute qu'on risquerait fort de rendre l'extradition presque impraticable, si le pays de refuge entendait qu'on tînt compte de sa législation jusque dans les moindres détails.

FAILLITE EN FRANCE. — SUCCURSALES A L'ÉTRANGER. — CRÉANCIERS ÉTRANGERS.

Farines et fils, négociants à Rivesaltes, ont été déclarés en faillite le 17 mai 1882 ; ils avaient différentes succursales en Espagne, à Barcelone notamment. L'actif de ces succursales a été absorbé par les créanciers espagnols avec lesquels Farines et fils ont fait un concordat volontaire (*convenio*) à la date du 27 mai 1882. La Cour de Madrid a refusé de rendre exécutoire en Espagne le jugement prononçant la faillite, et les syndics n'ont pas été admis à participer pour les créanciers français au produit de la vente des biens espagnols, alors qu'ils offraient de prendre l'engagement de traiter en France les créanciers espagnols sur un pied d'égalité absolue avec les créanciers français. Dans ces circonstances, MM. Puig et Valls, négociants à Barcelone, créanciers de la faillite Farines, ont produit pour une somme de 31,770 fr. entre les mains des syndics, et, sur le refus de ces derniers de les admettre au passif de la faillite, ils les ont assignés devant le tribunal de commerce de Perpignan. Par jugement du 29 juin 1883, le tribunal les a déclarés non recevables. Après avoir constaté que les créanciers français, dont la masse est représentée par les syndics, ne pourront rien recevoir sur l'actif espagnol, le jugement dit que, par suite, c'est à bon droit que les syndics refusent l'admission des créanciers espagnols, venant en France pour partager avec les créanciers français l'actif situé en France, alors qu'ils ont retenu et se sont approprié l'actif situé en Espagne. « Si les créanciers étrangers d'une faillite déclarée en France pouvaient

[1] Ce point a été bien mis en lumière devant la Cour de cassation par M. le conseiller-rapporteur Poulet.

Digitized by Google

se saisir ainsi de l'actif de la faillite situé dans leur pays, et toucher ensuite le dividende produit par la réalisation de l'actif situé en France, ils devraient à leur qualité d'étrangers un privilège exorbitant, contraire à la loi et au principe d'égalité qui en est la base. » Le principe de réciprocité devant régir les rapports entre Français et Espagnols, il y a lieu de refuser aux créanciers espagnols le droit de prendre part à l'actif français.

Cette décision est certainement inspirée par un sentiment d'équité. On peut seulement se demander si, en l'absence de texte, les tribunaux sont autorisés à admettre une fin de non recevoir aussi absolue. Tous les créanciers espagnols devaient-ils être écartés quelle qu'eût été la part prise par eux à la liquidation de l'actif situé en Espagne? La Cour de Montpellier, par arrêt du 12 juin 1884 [1], a trouvé moyen de donner satisfaction à ce sentiment d'équité, tout en appliquant les principes généraux du droit. Elle rappelle d'abord que, conformément à l'art. 15, C. civ., Puig et Valls ont le droit, quoique sujets espagnols, de produire à la faillite Farines et fils pour faire vérifier la créance qu'ils prétendent avoir contre ces derniers. Le premier juge, en écartant la demande par une fin de non-recevoir absolue, fondée sur ce que la Cour de Madrid aurait refusé de rendre exécutoire en Espagne le jugement déclarant la faillite et que les créanciers espagnols se seraient emparés, au détriment des créanciers français, des biens possédés par les faillis en Espagne, a ouvertement violé l'art. 15, C. civ. « De telles représailles ont pu être autorisées en temps de guerre au profit de l'État sous le nom de *rétorsion,* elles n'ont jamais été admises en temps de paix [2]. » Ce point de départ me semble très juste.

Est-ce à dire maintenant que Puig et Valls doivent être admis au passif de la faillite sans qu'il y ait à tenir compte des faits

[1] *La Loi* du 6 septembre 1884; *Journal des faillites*, 1884, p. 410.

[2] Un texte formel serait nécessaire. Certaines législations ont prévu le cas. D'après l'art. 4 de la loi allemande de 1877, « les créanciers étrangers sont assimilés aux nationaux ; mais, avec l'approbation du *Bundesrath*, le chancelier de l'Empire peut rendre une ordonnance portant qu'un droit de représailles sera exercé contre les nationaux d'un Etat étranger ou leurs ayants-droits ». Cf. Loi autrichienne de 1868, art. 51 et 52; loi hongroise de 1882, art. 71.

Digitized by Google

qui se sont passés en Espagne ? Non, ce serait inique. Puig et Valls ne peuvent se prévaloir de la loi française qu'en l'exécutant en son entier, soit qu'elle leur profite, soit qu'elle leur nuise. Ils ont figuré à l'arrangement survenu en Espagne, ils ont, postérieurement à la cessation des paiements, touché diverses sommes au détriment de la masse, ils en doivent le rapport à cette masse conformément à l'art. 447, C. com. En conséquence, la Cour ordonne que les syndics devront fournir des renseignements propres à établir quelles sommes ont été touchées en Espagne par Puig et Valls. V. un arrêt rendu par la même Cour en exécution du précédent, le 8 août 1884 [1].

Cette espèce montre l'utilité qu'il y aurait à ce que des arrangements internationaux fussent conclus pour prévenir des difficultés de ce genre. Il est certain que l'équité aurait été mieux satisfaite, si on avait procédé à une liquidation d'ensemble comprenant tous les biens, en quelque lieu qu'ils fussent situés, et dans laquelle les créanciers auraient été admis au même titre, quelle que fût leur nationalité.

FEMME ÉTRANGÈRE. — HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Une Française a épousé un Anglais ; par leur contrat de mariage passé devant un notaire de Lille, les futurs époux ont adopté le régime dotal, tel qu'il est réglé par le Code civil. Un ordre ayant été ouvert sur les biens du mari, la femme a demandé à y être colloquée en vertu de l'hypothèque légale qu'elle prétendait exister à son profit ; mais le bénéfice de cette hypothèque lui a été refusé par le tribunal civil de Lille (jugement du 18 juin 1881) et par la Cour de Douai (arrêt du 29 décembre 1881). La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre cet arrêt, chambre civile, 4 mars 1884 [2]. C'est avec raison que ces diverses juridictions ont pensé qu'il n'y avait pas à tenir compte de la circonstance que la femme étrangère qui réclamait était française d'origine et que le contrat de mariage avait été passé en France ; la question se présente en effet dans les mêmes termes pour toutes

[1] *Journal des faillites*, 1884, p. 526, aj. en ce sens un arrêt de la Cour de Paris du 23 juin 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 323.

[2] Dalloz, 1884. 1. 205.

Digitized by Google

les femmes étrangères. La Cour suprême se borne à dire que « l'hypothèque légale ne relève pas du droit des gens ; qu'elle est, quant à son existence et à ses effets, une institution du droit civil, et qu'elle ne peut naître que d'un mariage entre Français ou entre ceux à qui les mêmes droits sont accordés par la loi française. » La Cour ne fait que confirmer sa jurisprudence antérieure (Cass., 20 mai 1862, Dalloz, 1862. 1. 201); toutefois il convient de remarquer que l'arrêt a été rendu contrairement aux conclusions de M. l'avocat-général Desjardins et après délibération dans la chambre du Conseil. Sans vouloir discuter à fond la question qui est trop connue et qui se rattache à la théorie générale de la condition des étrangers, je constate que les motifs donnés sont un peu sommaires et nullement décisifs. La Cour dit que l'existence et les effets de l'hypothèque légale dépendent du droit civil ; la même chose peut être dite de l'hypothèque judiciaire que personne ne conteste aux étrangers. Le tribunal a bien prétendu qu'aucune assimilation n'était possible, que le droit pour l'étranger d'invoquer l'hypothèque judiciaire résultait de ce qu'il était admis à ester en justice. La réfutation est insuffisante ; on pourrait dire alors de même que le droit à l'hypothèque légale résulte de ce que les étrangers sont admis à contracter mariage en France. Une autre objection pourrait être faite à la solution consacrée par la jurisprudence ; on ne conteste pas qu'un étranger puisse invoquer un privilège sur un immeuble situé en France, par exemple s'il l'a vendu (art. 2103-1°). Un privilège immobilier n'est pas autre chose qu'une hypothèque légale privilégiée ; s'il ne constitue pas un *droit civil* dans le sens strict, pourquoi en serait-il autrement d'une hypothèque légale non privilégiée ?

FRANÇAIS NÉ EN ESPAGNE.— SERVICE MILITAIRE. — CONVENTION CONSULAIRE DE 1862.

J'ai déjà appelé l'attention sur la convention consulaire franco-espagnole du 7 janvier 1862, dont l'art. 5 dispose que les Français nés en Espagne ou les Espagnols nés en France peuvent être inscrits sur les listes du recrutement de leur résidence, s'ils ne prouvent pas qu'ils ont satisfait au service militaire dans leur

Digitized by Google

pays d'origine [1]. Cette disposition est très singulière, surtout en tant qu'elle doit s'appliquer en France, puisque, contrairement à un principe fondamental de notre loi militaire [2], elle suppose qu'on incorpore dans l'armée française des individus qui, nés en France de parents espagnols, ne sont certainement pas français. Le tribunal de la Seine a eu à s'occuper de cette convention à un autre point de vue. Le sieur Émile Fermaud est né à Valence, le 2 mai 1860, de parents français; il a été incorporé dans l'armée espagnole conformément à l'article précité et il a été ensuite, sur la réquisition du ministre de la guerre, rayé de la liste du contingent français. On prétendait qu'il avait perdu la qualité de Français par application de l'art. 21, C. civ., comme ayant pris du service à l'étranger sans autorisation du gouvernement. Le tribunal de la Seine a, par jugement du 19 juillet 1884 [3], décidé que l'art. 21, C. civ., n'avait rien à faire dans l'espèce. Il a donné de la convention consulaire de 1862 une interprétation fort raisonnable. Les gouvernements français et espagnol ne paraissent avoir eu d'autre but que celui d'empêcher leurs nationaux de se soustraire d'une manière absolue au service militaire dans l'un et l'autre pays. Rien dans les termes de la convention ne peut faire supposer qu'ils aient entendu que leurs nationaux perdraient leur qualité par cela seul qu'ils avaient été incorporés dans l'armée étrangère et qu'ils aient ainsi voulu faire échange de nationaux. Notre loi du 22 mars 1849 s'y opposerait, puisque, supposant qu'un étranger a en fait satisfait à la loi du recrutement en France, elle lui accorde seulement la faculté de devenir Français, sans le regarder comme Français de plein droit. Le Français, qui subit passivement le service militaire en Espagne, n'abdique donc pas sa nationalité comme le Français qui de son plein gré s'engage dans une armée étrangère; il ne fait qu'obéir à une disposition consentie par son gouvernement.

On voit que la convention de 1862 revient à donner aux Espagnols nés en France ou aux Français nés en Espagne la faculté de satisfaire à la loi du recrutement au lieu de leur naissance ou au

[1] Cf. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1883, p. 720.

[2] Loi du 27 juillet 1872, art. 7.

[3] *Journal du Droit international privé*, 1885, p. 92.

Digitized by Google

lieu de leur origine. Cela peut ne pas être sans inconvénients. Je ne connais pas d'autre convention de la France qui contienne une règle semblable. Elle se trouve dans le traité de commerce conclu le 21 juillet 1884 entre l'Espagne et l'Italie (art. 2, § 2).

JUGEMENT ÉTRANGER RENDU ENTRE ÉTRANGERS. — *Exequatur* DEMANDÉ AUX TRIBUNAUX FRANÇAIS.

Daviès and son, sujets anglais, sollicitent l'exécution en France d'un jugement de la haute Cour de Londres du 11 septembre 1883, qui a condamné de Nasi, sujet italien, à leur payer la somme de 2,318 fr. pour fournitures de vêtements. De Nasi demande qu'il soit statué de nouveau au fond sur les contestations soumises au tribunal étranger en vertu du droit de révision qui appartient au tribunal français. Suivant le tribunal de la Seine, cette demande en révision formée par un étranger contre un autre étranger est dominé par *deux règles incontestables du droit français*; savoir : que le tribunal français n'est pas nécessairement tenu de statuer sur des intérêts qui se débattent exclusivement entre étrangers, et qu'il ne peut, en tous cas, se déclarer compétent qu'autant que le débat sur le fond est accepté par toutes les parties en cause. Daviès and son se bornant à demander l'*exequatur* du jugement de la Cour de Londres sans accepter la juridiction française quant à la révision dudit jugement, la demande reconventionnelle de de Nasi n'est pas recevable. En conséquence, le jugement, n'ayant rien de contraire à l'ordre public français, est purement et simplement déclaré exécutoire en France. Tribunal civ. de la Seine, 1re Ch., 3 avril 1884 [1].

Je ne puis m'empêcher de trouver ce raisonnement fort étrange. S'il est vrai de dire que, d'après une règle incontestable de notre droit, le tribunal français ne peut se déclarer compétent pour un débat entre étrangers que si les intéressés acceptent cette compétence, pourquoi appliquer cette règle seulement à la demande en révision et non pas à la demande d'*exequatur* elle-même? Quelle raison de différence y a-t-il? on aurait pu con-

[1] *La Loi* du 5 avril 1884. — Cf. dans le même sens, un autre jugement du même tribunal du 7 juillet 1885, *la Loi* du 17 juillet 1885.

Digitized by Google

cevoir un autre motif de la décision. Par exemple, ceux qui pensent que l'art. 121 de l'Ordonnance de 1629 est encore en vigueur, refusent le droit de demander la révision à l'étranger condamné. Mais sur le terrain où s'est placé le tribunal, la décision est inexplicable.

JUGEMENT ITALIEN. — JUGEMENT FRANÇAIS CONTRAIRE. — REFUS D'*exequatur*.

Raffico, sujet italien, avait fait assigner Dreyfus frères et Cie devant le tribunal de commerce de la Seine en paiement d'une somme qu'il prétendait lui être due; il n'avait pas donné suite à cette demande et le tribunal de commerce avait rendu un jugement de défaut-congé qui, considérant que Raffico ne justifiait nullement sa prétention et que les conclusions des défendeurs paraissaient justes, avait relaxé ces derniers et condamné le demandeur aux dépens. Ce jugement a passé en force de chose jugée. Néanmoins, en 1879, Raffico a porté la même demande devant le tribunal de commerce de Gênes qui lui a accordé une partie de la somme réclamée; la Cour de Gênes a confirmé la sentence et Raffico s'adresse à la Cour de Paris pour qu'elle accorde l'*exequatur* à la décision italienne. La demande a été rejetée par arrêt du 1er février 1884[1]. La Cour constate que la décision du tribunal de commerce de la Seine, devenue définitive, est inconciliable avec la décision de la Cour de Gênes. Si l'*exequatur* était accordé à cette dernière, il s'ensuivrait qu'il y aurait en France deux sentences également exécutoires et cependant contraires, ce qui est inadmissible. Les traités de 1760 et de 1860, qui règlent l'exécution des jugements dans les rapports entre la France et l'Italie, donnent au juge le droit et le devoir d'examiner si la sentence produite n'est pas contraire à l'ordre public du pays où elle doit être exécutée. Ce serait porter atteinte à l'ordre public que d'ordonner aux officiers de justice d'exécuter une sentence qui serait ainsi mise sur le même pied qu'une décision de notre justice diamétralement contraire. Il y aurait là un conflit insoluble.

Cela est évidemment bien jugé. D'ailleurs peut-être y avait-il

[1] *Journal du Droit internat. privé*, 1884, p. 394.

Digitized by Google

dans l'espèce un autre moyen de repousser la demande d'*exequatur*; nous ne savons si le tribunal de commerce de Gênes devait être considéré comme compétent. Cette espèce fait bien voir la lacune considérable qui existe dans les actes intervenus entre la France et l'Italie pour régler cette matière. Les négociateurs, qui ont signé la Déclaration complémentaire de 1860, n'ont pas songé à la question capitale de la compétence. D'après quelles règles doit-on apprécier si le tribunal qui a rendu la sentence était compétent? On n'en dit rien, ce qui a donné lieu à des difficultés presque insolubles [1]. Dans l'espèce, s'il y avait eu des règles internationales, le tribunal de commerce de la Seine ayant été saisi par Raffico, le tribunal de commerce de Gênes aurait dû se déclarer incompétent; il n'est pas raisonnable qu'un plaideur ait le droit d'essayer ainsi plusieurs juridictions.

MARIAGE D'UN FRANÇAIS A L'ÉTRANGER.

Le sieur Roger, français d'origine, s'est marié le 8 juillet 1854 à la Nouvelle-Orléans avec Aline Samory. Il demande la nullité de son mariage en se fondant notamment sur l'art. 95 de la loi louisianaise ainsi conçu : « Les personnes libres et les esclaves « ne peuvent contracter mariage ensemble; la célébration de ce « mariage est nul; il en est de même du mariage des blancs où « des blanches avec les personnes de couleur libres. » La dame Aline Samory étant une femme de couleur, y avait-il lieu d'annuler le mariage par application de cette disposition? Le tribunal de Pontoise ne l'a pas pensé et il a rejeté la demande par jugement du 6 août 1884 [2]. Il a invoqué deux ordres de motifs que je vais résumer. Il lui a d'abord paru que l'article cité n'était pas applicable à l'espèce; le législateur louisianais n'a pas voulu édicter une nullité absolue, mais une nullité toute relative; il ne s'est pas préoccupé de la race blanche en général dans ses rapports avec la race noire, mais seulement de la race blanche louisianaise qu'il voulait protéger contre l'envahissement de la race noire; il lui importait peu qu'une femme de couleur, même louisianaise, devînt la femme d'un blanc, Européen, non sujet de la

[1] Cf. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1881, p. 477 et suiv.
[2] *Journal du Droit international privé*, 1885, p. 296.

Digitized by Google

Louisiane. On ne peut donc pas dire que le mariage en question tombe sous le coup de la nullité édictée par l'art. 95. Dans tous les cas, il n'y aurait pas à tenir compte de cette disposition qui est contraire au principe de notre droit public qui admet l'égalité de tous devant la loi et qui écarte toute distinction tenant à une différence de couleur ou de race. Cette dernière considération est décisive.

MARQUE DE FABRIQUE. — CONVENTION FRANCO-BELGE. — LOI DE 1857.

Le tribunal correctionnel d'Angoulême a eu à déterminer la position en France des commerçants ou industriels belges au point de vue de leurs marques de fabrique; il a donné une décision juste par jugement du 26 janvier 1884[1], mais peut-être ne l'a-t-il pas très-bien motivée. Il s'agissait de la société des mines et fonderies de zinc de *la Vieille-Montagne,* dont la marque avait été usurpée. Le contrefacteur prétendait que la société ne pouvait se dire régulièrement propriétaire de la marque, parce qu'elle ne justifiait pas avoir fait un dépôt en Belgique. Le tribunal réfute cet argument en disant que, d'après la convention franco-belge du 31 octobre 1881, il suffit, pour en invoquer le bénéfice, de remplir les formalités prescrites par la législation du pays où on se prévaut de la protection; tout ce qu'on pouvait exiger de la société demanderesse, c'est qu'elle justifiât avoir fait le dépôt en France. Toutefois le tribunal aurait été trop loin, s'il avait entendu que la loi belge et son observation en Belgique ne dussent avoir aucun effet en France. Une marque belge ne peut être protégée en France que si elle est conforme à la loi belge et si elle n'est pas tombée dans le domaine public en Belgique (art. 15, § 2, de la convention). Il pourrait donc y avoir à rechercher quelle a été la conséquence de l'inaccomplissement des formalités en Belgique. Ce serait au défendeur à établir que la marque, à raison de laquelle il est poursuivi, n'a pas droit à la protection dans le pays d'origine.

Dans l'espèce, d'ailleurs, la convention franco-belge pouvait être écartée. La société en question avait un établissement com-

[1] *Journ. du Dr. intern. privé*, 1884, p. 294.

Digitized by Google

mercial à Paris, de sorte qu'elle pouvait se borner à se prévaloir de l'art. 5 de la loi du 23 juin 1857 sur les marques, d'après lequel les étrangers qui ont des établissements en France peuvent invoquer le bénéfice de la loi pour les produits de ces établissements, à la charge d'observer les formalités prescrites par ladite loi.

MINEUR ÉTRANGER. — TUTELLE. — APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE. — MESURES PROVISOIRES.

Un individu, prussien d'origine, s'étant établi à Lille, s'y était marié avec une Française ; il est mort laissant plusieurs enfants mineurs. La mère se considéra comme tutrice légale, puis mourut à son tour. Un conseil de famille nomma un parent paternel comme tuteur à ceux des enfants qui étaient encore mineurs. La nullité de cette délibération a été demandée par le motif qu'il s'agissait de mineurs étrangers et que les autorités françaises étaient incompétentes pour organiser leur tutelle, qui aurait dû être constituée suivant la loi prussienne. Le tribunal civil de Lille, par jugement du 12 juin 1884 [1], a donné une décision très sage. Le principe est bien que tout ce qui tient aux tutelles dépend du statut personnel qui suit la personne en tout lieu; mais il y a pour les autorités françaises obligation d'assurer aux incapables qui sont sur le territoire la protection à laquelle ils ont droit, quelle que soit leur nationalité. Dans l'espèce, il n'a pas été pourvu à la défense des intérêts des mineurs dans la forme et suivant les règles établies par la loi de leur pays d'origine; il appartient donc au tribunal de leur assurer la protection due en France à leurs personnes et à leurs biens. La réunion du conseil de famille et la nomination du tuteur ne sont que des mesures provisoires qui ne sauraient empêcher l'organisation d'une tutelle régulière et suivant la loi allemande; mais il y a lieu de les maintenir, attendu qu'elles sont utiles aux mineurs.

SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE. — LOI DU 30 MAI 1857. — CARACTÈRE COMMERCIAL. — PRINCIPAL ÉTABLISSEMENT EN FRANCE. — FAILLITE.

Le tribunal de commerce de Marseille, par un jugement rendu

[1] *Journal du Dr. internat. privé*, 1885, p. 94.

Digitized by Google

par défaut le 19 juin 1883, a déclaré en faillite la *Compagnie impériale des terrains de Marseille à responsabilité limitée* (*the Imperial Land Company of Marseille limited*). Cette compagnie a formé opposition audit jugement et a prétendu qu'elle ne pouvait être déclarée en faillite : 1° parce qu'elle n'était pas une société commerciale (elle était exclusivement formée pour des opérations immobilières, c'est-à-dire purement civiles); 2° parce qu'elle était déjà en liquidation en Angleterre et que cette liquidation faite à Londres devant la Cour de Chancellerie, équivalant à la faillite, rendait sans objet une nouvelle faillite en France. Ces deux moyens ont été écartés par le tribunal de commerce de Marseille (jugement du 10 octobre 1883) et par la Cour d'Aix (arrêt du 3 avril 1884) [1]. Des nombreuses questions soulevées dans le débat je n'examinerai que celles qui touchent au droit international.

Ainsi sur le caractère commercial de la société, je néglige la partie du jugement et de l'arrêt qui le déduit des déclarations de la société elle-même, de la nature de ses opérations; c'est une question de droit commercial interne [2]. Mais je relève dans le jugement le motif suivant : « La nécessité de ce caractère commercial s'imposait d'ailleurs, puisque, société étrangère, elle ne pouvait avoir d'effet et de fonctionnement utile en France qu'au seul titre de société commerciale; une autorisation spéciale du gouvernement français lui aurait été indispensable, si elle eût eu le caractère de société civile. » Le tribunal aurait pu mieux expliquer sa pensée qui me semble formulée d'une manière quelque peu énigmatique; elle a été interprétée par l'arrêtiste de la manière suivante : « Une société anonyme étrangère, qui fonctionne en France sur la simple autorisation de son gouvernement et sans autorisation spéciale du gouvernement français, ne saurait avoir le caractère civil, la loi du 30 mai 1857 n'accordant ce bénéfice qu'aux sociétés commerciales, industrielles ou financières. » Si telle a été la doctrine du tribunal, ce que je crois, je n'hésite pas à dire qu'elle me paraît complètement erronée. Elle comporte en

[1] *Journal des sociétés*, 1885, p. 468.

[2] Elle me semble du reste avoir été mal résolue par les deux juridictions. V. à ce sujet la note de M. Laurin dans le *Journal des sociétés*, *loc. cit.*

Digitized by Google

effet deux propositions : 1° La loi du 30 mai 1857 ne s'applique qu'à des *sociétés commerciales*; cela ne résulte nullement de son texte et c'est contraire à son esprit. La loi mentionne les sociétés *industrielles*; est-ce qu'il n'y a pas des sociétés industrielles, comme les sociétés de mines, qui ont nécessairement le caractère civil d'après notre législation? Il résulterait donc de l'interprétation du tribunal que les sociétés de mines établies en Belgique, qui peuvent avoir des intérêts à débattre en France, ne pourraient se prévaloir de la loi de 1857 ou devraient alors être considérées comme ayant un caractère commercial, contrairement à la législation du pays où elles sont établies comme à celle de la France. Les deux alternatives sont également inadmissibles. 2° Une autorisation spéciale du gouvernement français aurait été indispensable à la société en question, si elle avait eu le caractère de société civile. Mais de deux choses l'une : ou cette société peut invoquer la loi ne 1857 et alors l'autorisation spéciale est superflue; ou elle ne peut l'invoquer et je ne vois pas où le gouvernement français puiserait le droit de l'autoriser spécialement. Il n'y a pas en effet de situation intermédiaire. Les sociétés étrangères (comme les sociétés en nom collectif, en commandite simple) peuvent agir en France sans aucune autorisation, ou elles ont besoin d'une autorisation *générale* qui résulte d'une loi, d'un décret ou d'un traité; mais une société étrangère qui ne rentrerait pas dans une de ces deux catégories, ne pourrait agir en France en vertu d'une autorisation qui lui serait spéciale et le gouvernement n'a aucune compétence pour lui accorder une telle autorisation.

Quant à la possibilité d'une déclaration de faillite en France, étant donné le caractère commercial de la société, je l'admets sans difficulté, quoique je n'approuve pas tous les motifs donnés par le tribunal et la Cour. La société avait bien stipulé dans ses statuts que son siège était Londres, mais en réalité elle n'y avait pas le centre de ses affaires et de ses intérêts; elle était fondée pour fonctionner exclusivement en France. Son principal établissement et même son unique établissement, ainsi que la justice l'avait déjà constaté, était à Marseille où toutes ses opérations se trouvaient engagées. Cela suffisait bien pour justifier une décla-

Digitized by Google

ration de faillite à Marseille, malgré la liquidation suivie à Londres. J'ajoute qu'à mon avis, il aurait été beaucoup plus simple de considérer comme française la dite société qui n'avait d'anglaise que le nom et le siège social arbitrairement choisi. La nationalité d'une société ne peut dépendre de la volonté de ses fondateurs; elle doit être déteminée par le lieu où elle a son principal établissement.

A l'appui de la compétence du tribunal de commerce de Marseille, la Cour argumente de la combinaison de l'art. 14, C. civ. et de l'art. 59, C. pr. J'ai déjà expliqué qu'à mon avis, un tribunal français n'était pas compétent pour déclarer un étranger en faillite par cela seul qu'il était compétent pour prononcer contre lui une condamnation [1].

SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF ÉTABLIE EN FRANCE. — NATIONALITÉ. — CAUTION *judicatum solvi*.

On a souvent posé la question de savoir quelle était la nationalité d'une société anonyme, si, pour la déterminer, il fallait s'attacher au siège social ou au siège de l'exploitation [2]. A ma connaissance, on ne s'était pas encore adressé la même question pour une société en nom collectif, ou en commandite simple, et, en effet, il n'y a pas le même intérêt. La disposition rigoureuse qui refuse le droit d'ester en justice aux *sociétés étrangères*, s'il n'y a pas pour leur pays une autorisation générale résultant d'une loi, d'un décret ou d'un traité, ne concerne pas les sociétés en nom collectif (C. Loi du 30 mai 1857, art. 1). D'autre part, la constitution des sociétés en nom collectif est à peu près la même partout, et il n'y a pas, comme pour les sociétés anonymes, intérêt à se placer sous l'empire d'une législation jugée plus favorable aux calculs de tels et tels spéculateurs.

Toutefois, il peut être utile, à plusieurs points de vue, de savoir quelle est la nationalité d'une société en nom collectif et si cette nationalité doit être déterminée abstraction faite de celle des as-

[1] Examen doctrinal, *Revue critique*, 1884, p. 716. En sens contraire, V. Th. Stelian, *La faillite, études de législation comparée et de droit international*, p. 145 et suiv.

[2] V. notamment un article de M. Ch. Lyon-Caen dans le *Journal des Sociétés*, 1880, p. 32 et suiv.

Digitized by Google

sociés qui la composent. La question s'est posée devant le tribunal civil de la Seine de la manière suivante : la société Kilgour et Cie, ayant son siège à Paris, a assigné un de ses clients devant le tribunal civil de la Seine en paiement de fournitures; le défendeur, se fondant sur ce que les membres de la société demanderesse étaient de nationalité étrangère, a réclamé la caution *judicatum solvi*. La société a prétendu qu'elle n'avait pas à la fournir, parce que, s'il était vrai que ses membres fussent étrangers, elle n'en était pas moins française, ayant été formée à Paris et y ayant son siège et son exploitation. Par un jugement du 26 mai 1884 [1], le tribunal a décidé que la caution était due par le motif suivant : « bien qu'une société constitue un être moral distinct des associés qui l'ont formée, il ne peut s'ensuivre qu'elle soit en droit une personne jouissant d'un statut différent de celui des membres qui la composent; Kilgour et tous les associés sont étrangers. »

Je reconnais que la question est fort délicate, mais j'hésite à approuver cette solution. Sans doute, au premier abord, on peut se demander pourquoi deux étrangers, qui, s'ils agissaient isolément, seraient dans la condition des étrangers en général et devraient notamment fournir la caution *judicatum solvi*, se placeraient dans une situation plus favorable et acquerraient les droits des Français en formant une société, c'est-à-dire par un simple acte de leur volonté. Si leur société est française de façon à être soustraite à la charge de la caution *judicatum solvi*, sera-t-elle aussi considérée comme française de manière à invoquer l'art. 14, C. civ. ? ne serait-ce pas vraiment exorbitant?

D'autre part, si on admet avec le tribunal que le statut de la société ne peut être distinct de celui des membres qui la composent, on risque d'être entraîné dans bien des difficultés. Dans l'espèce, tous les associés étaient étrangers; qu'aurait-on fait si les uns avaient été étrangers, les autres français? Ferait-on le même raisonnement pour une société en commandite par actions, pour une société anonyme? La recherche de la nationalité des actionnaires serait, sans doute, toujours difficile, elle ne serait pas nécessairement impossible, puisque, pour une raison ou

[1] *Journal du Droit internat. privé*, 1885, p. 192.

Digitized by Google

pour une autre, les actions peuvent être toutes nominatives. Pour que la société établie et fonctionnant en France soit considérée comme française, exigera-t-on que la qualité de Français appartienne à tous les associés, ou seulement à la majorité? dans ce dernier cas, comment appréciera-t-on la majorité, d'après le nombre ou d'après l'intérêt? Voilà des questions qui paraissent bien difficiles à résoudre en l'absence de tout texte, et dès lors on pourrait être tenté de dire tout simplement que la société est française par cela seul qu'elle est établie et fonctionne réellement en France, abstraction faite de la nationalité de ses membres. Ce serait au législateur à aviser, si cette règle, conforme à l'idée générale de la personnalité de la société, entraînait des inconvénients et lésait des intérêts français. Je veux surtout faire allusion à ce qui concerne les navires; on sait que ceux-ci, pour pouvoir porter le pavillon français, doivent appartenir au moins pour moitié à des Français (Loi du 9 juin 1851). Notre loi a oublié de régler le cas où un navire appartiendrait non à des individus, mais à une société. Des lois étrangères ont été plus prévoyantes (Cf. Loi allemande du 25 octobre 1867).

SOCIÉTÉ SUISSE. — LIQUIDATION. — AJOURNEMENT DE LA FAILLITE. — EFFET EN FRANCE.

J'ai rendu compte précédemment de la difficulté qui s'était présentée au sujet des *sursis concordataires* admis par la législation génevoise [1]. Une question du même genre s'est élevée à propos de l'application de l'art. 657 du nouveau *Code fédéral suisse des obligations*. Cet article, placé dans le titre des Sociétés par actions est ainsi conçu : « Lorsqu'il résulte du dernier bilan que « le capital social a été réduit de moitié, l'administration doit « immédiatement convoquer l'assemblée générale et lui faire con- « naître la situation. Dès que l'actif ne couvre plus les dettes « de la société, l'administration est tenue d'en donner avis au « juge compétent, à l'effet de faire déclarer la faillite de la société. « — Sur la demande des créanciers ou d'un curateur, nommé pour « pourvoir aux intérêts communs de certaines classes des créan- « ciers, le juge a le droit d'ajourner la déclaration de faillite et

[1] Examen doctrinal, *Revue critique*, 1884, p. 733.

Digitized by Google

« prendre provisoirement d'autres mesures en vue de la conser-
« vation de l'actif .» La compagnie le *Lloyd suisse*, poursuivie en paiement d'une dette non contestée, dit quelle ne peut payer, parce qu'elle a été mise en liquidation et que, par ordre de justice et conformément à l'art. 657 précité, tout paiement par elle est et demeure suspendu. Le tribunal de commerce de Nantes, par jugement du 10 mai 1884 [1], décide que la convention franco-suisse de 1869 n'a pas d'application en l'espèce, qu'elle vise le cas d'un jugement déclaratif de faillite et son mode d'exécution dans l'un et l'autre pays, alors que le *Lloyd suisse* n'est point en faillite, mais en liquidation; la convention de 1869 ne pouvait manifestement pas régler un mode d'opérer qui n'a été établi que bien postérieurement par la législation suisse.

Ce jugement est d'accord avec la décision du tribunal de la Seine du 21 novembre 1883 qui a refusé de déclarer exécutoire un jugement du tribunal de Genève ordonnant un sursis concordataire. Il est certain qu'on n'est plus dans le texte de la convention de 1869. Serait-il conforme à son esprit d'étendre ses dispositions à cette hypothèse ? C'est assez délicat, on pourrait dire qu'il n'y aurait pas réciprocité, puisque nous donnerions effet en France à des décisions judiciaires suisses, alors que nos tribunaux ne rendent pas de décisions analogues auxquelles il serait utile de donner effet en Suisse. Cette considération pourrait ne pas arrêter les diplomates chargés de négocier une convention nouvelle ; on comprend qu'elle arrête les juges qui ont mission d'interpréter la convention existante.

TAÏTI. — INDIGÈNES. — NATIONALITÉ FRANÇAISE.

Un décret du 18 août 1868, réglant l'organisation judiciaire de l'île de Taïti, prescrit, dans toutes les affaires où un indigène est en cause, l'adjonction aux juges français d'un assesseur indigène, qui assiste avec voix consultative aux débats et à la délibération (art. 5). Cette disposition a-t-elle perdu sa raison d'être depuis que les îles de la Société sont devenues possessions françaises ? on le prétendait en disant que la prescription avait pour objet d'assurer une représentation à la souveraineté locale, souveraineté

[1] *Journal des Faillites*, 1884, p. 497.

Digitized by Google

ayant disparu par suite de l'annexion. C'est avec raison que la Cour de cassation a rejeté cette prétention par arrêt du 9 décembre 1884 [1]. Le décret de 1868, en exigeant le concours de l'assesseur Taïtien, a voulu assurer une garantie aux *indigènes*; cette qualité d'indigènes ne disparaît pas par suite de l'annexion qui a fait des Taïtiens des Français, mais non des citoyens français, et qui les a laissés soumis à leurs lois locales (Cf. Loi du 30 décembre 1880, art. 1 et 3).

TITRES AU PORTEUR ÉTRANGERS. — APPLICATION DE LA LOI DU 15 JUIN 1872.

La Cour de cassation a jugé le 13 février 1884 [2] que les dispositions de la loi du 15 juin 1872 relatives à la perte et à la dépossession de titres au porteur, ont le caractère de mesures de police et de sûreté qui protègent aussi bien les propriétaires de titres étrangers que les propriétaires de titres français, puisque l'art. 16 ne comprend pas les titres au porteur parmi ceux qui échappent à son application.

La question est des plus délicates. Il est, en effet, impossible d'admettre que la loi de 1872 est applicable dans son ensemble aux titres étrangers; elle oblige, sous certaines conditions, les sociétés françaises à payer au porteur dépossédé les intérêts ou dividendes, à lui rembourser le capital devenu exigible, etc..., parce qu'elle assure en même temps à ces sociétés leur libération envers les tiers porteurs; elle ne saurait avoir cette action à l'égard des sociétés étrangères. Peut-on alors faire un triage parmi les dispositions de la loi, dire que celles auxquelles je viens de faire allusion ne s'appliquent pas aux titres étrangers, mais que celles qui ont trait à la négociation en France, s'y appliquent? La Cour de cassation le pense; on comprend le côté pratique de la solution, mais il est permis de la trouver arbitraire en présence d'un texte qui ne distingue pas [3].

[1] Dalloz, 1885. 1. 87.

[2] *Journ. du Dr, intern. privé*, 1884, p. 75.

[3] Cf. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 394. V. dans le sens de l'arrêt un article de M. Lepelletier, conseiller à la Cour de cassation, où les précédents sont rapportés, *Journ. du Dr. intern. privé*, 1884, p. 29 et suiv.

Digitized by Google

L'espèce présentait cette nuance qu'il s'agissait de titres de rente sur un État étranger et on pouvait se demander s'il ne fallait pas dans tous les cas leur appliquer l'art. 16 qui met en dehors de la loi les *Rentes sur l'Etat.* Mais cet art. 16 n'a en vue que l'État français, et, si on pense que la loi dans sa portée générale comprend les titres étrangers, il n'y a pas de raison pour mettre dans une classe à part les fonds d'États [1].

TRAVAIL DES ENFANTS MINEURS. — LOI DE 1874. — APPLICATION AUX ÉTRANGERS.

D'après l'art. 8 de la loi du 19 mai 1874 sur *le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie,* nul enfant ayant moins de 12 ans révolus ne peut être employé par un patron qu'autant que ses parents ou son tuteur justifient qu'il fréquente actuellement une école publique ou privée. Cette disposition a le caractère d'une mesure générale de protection, prise dans l'intérêt de l'enfant à raison de son âge ; elle s'applique donc à tous les enfants résidant sur le territoire, abstraction faite de leur nationalité. Ainsi jugé par la Cour d'Aix, le 7 février 1884 [2]. *A fortiori* faudrait-il dire que la loi de 1874 s'applique aux patrons étrangers comme aux patrons français.

Louis RENAULT.

DE L'ADMINISTRATION PROVISOIRE DES BIENS DES ALIÉNÉS ET DE LEUR INCAPACITÉ JURIDIQUE D'APRÈS LA LÉGISLATION EN VIGUEUR, LE PROJET DE LOI SUR LES ALIÉNÉS ET LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES,

Par M. Pierre Sarrauts
Juge spécial des Ordres au tribunal de première instance de Périgueux.

Extrait d'un mémoire couronné par l'Académie de Législation (concours de 1885).

DIVISION.

Livre I.

De l'administration provisoire des biens des aliénés et de leur incapacité juridique.

[1] Article précité, p. 32 et s.

[2] *Journ. du Dr. intern. privé,* 1885, p. 408.

Digitized by Google

Chapitre I.

De l'administration provisoire du patrimoine des personnes placées dans un établissement d'aliénés et des institutions établies pour leur défense.

Section I.

De l'administration provisoire.

§ 1. — A qui est confiée l'administration provisoire.
A. — Etablissements publics.
B. — Etablissements privés.
§ 2. — Nature de l'administration provisoire.
§ 3. — Pouvoir de l'administrateur provisoire.
A. — Actes que peut faire l'administrateur provisoire.
B. — Actes que ne peut pas faire l'administrateur provisoire.
C. — Nature des pouvoirs de l'administrateur provisoire.
§ 4. — Responsabilité de l'administrateur provisoire.
A. — Administration provisoire légale.
B. — Administration provisoire judiciaire.
§ 5. — Comment cessent les pouvoirs de l'administrateur provisoire.
A. — Administration provisoire.
B. — Comment cessent les pouvoirs du mandataire *ad litem* et du notaire.

LIVRE I.

DE L'ADMINISTRATION PROVISOIRE DES BIENS DES ALIÉNÉS ET DE LEUR INCAPACITÉ JURIDIQUE.

1. La loi du 30 juin 1838 renferme deux ordres d'idées distinctes. Certaines de ses dispositions se réfèrent au droit public et administratif, les autres ayant pour but de pourvoir aux intérêts privés de l'aliéné, au soin de sa personne et à l'administration de ses biens sont du domaine du droit civil.

Ce sont ces dernières dispositions contenues dans les art. 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 et 40 de la loi qui vont faire l'objet de cette étude. Mais avant de les aborder nous ferons remarquer qu'elles ne s'appliquent qu'à l'aliéné non interdit et non pourvu, s'il est mineur, d'un tuteur ou d'un administrateur légal. C'est ce qui résulte formellement du texte de ces articles indépendamment de leur inutilité dans ces cas. Elles s'appliqueraient, par suite, au mineur émancipé ou au majeur pourvu seulement d'un conseil judiciaire. La question de leur patrimoine, que ces derniers conservent, devient impossible par suite de leur placement dans un établissement d'aliénés.

Digitized by Google

Nous diviserons cette étude en deux chapitres. Dans le premier nous examinerons les charges ou fonctions organisées pour la défense des personnes placées dans un établissement d'aliénés, et dans le second la capacité juridique de ces personnes et le sort des actes passés par elles.

CHAPITRE PREMIER.

De l'administration provisoire du patrimoine des personnes placées dans un établissement d'aliénés et des institutions établies pour leur défense.

SECTION PREMIÈRE. — *De l'administration provisoire.*

§ 1er. — A qui est confiée l'administration provisoire.

A. *Etablissements publics.* — **2.** L'administration provisoire est légale ou judiciaire suivant la nature de l'établissement dans lequel l'aliéné est placé.

S'il est placé dans un établissement public, la loi de 1838 défère l'administration provisoire aux commissions administratives ou de surveillance de ces établissements. Ces commissions désignent un de leurs membres pour exercer les fonctions d'administrateur provisoire. Elles peuvent encore demander au tribunal de première instance du domicile de l'aliéné de nommer cet administrateur hors de leur sein.

Les tribunaux peuvent aussi être sollicités dans ce but par les parents ou le conjoint de l'aliéné ou même par le ministère public. Dans ces derniers cas, l'administration provisoire de légale devient judiciaire.

Mais il convient de faire remarquer que les commissions administratives, qui, lorsqu'elles désignent un de leurs membres comme administrateur, restent chargées de l'administration, s'en trouvent dès lors entièrement déchargées.

La désignation qu'elles font d'un de leurs membres n'est qu'une mesure d'ordre intérieur qui laisse entière la responsabilité que la loi fait peser sur elles. Le tribunal est souverain appréciateur de la demande ; il peut la rejeter ou l'accueillir (art. 31).

B. *Etablissements privés.* — **3.** En ce qui concerne les individus placés dans un établissement privé, l'administration provisoire est toujours judiciaire.

Digitized by Google

4. Cet administrateur peut être demandé par les parents ou le conjoint de l'aliéné ou par le ministère public.

Mais peut-il l'être par l'aliéné lui-même?

M. Demolombe (t. VIII, 814) admet l'affirmative et il s'appuie, en invoquant l'art. 38 de la loi, sur cette considération que la même raison qui fait qu'il a le droit de demander un curateur à la personne ne s'oppose pas à ce qu'il ait celui de demander un administrateur provisoire.

MM. Aubry et Rau sont d'un avis contraire (I, p. 527, note 4). Le bien-être matériel et la liberté individuelle de l'aliéné courent un plus grand danger que son patrimoine. Accorder ce droit à l'aliéné eût été inutile, car les parents sont trop intéressés à la bonne gestion de ses biens pour ne pas provoquer la nomination d'un administrateur. L'accorder lorsqu'il s'agit du curateur devenait une nécessité, car il pourrait arriver que l'opposition des intérêts, au point de vue de la mission confiée au curateur, dictât une certaine inaction.

Nous ne croyons pas ces arguments décisifs et nous nous rangeons à l'opinion de M. Demolombe.

Du moment que le ministère public peut provoquer la nomination de l'administrateur, la loi reconnaît bien par là implicitement que les parents peuvent s'abstenir ou négliger de le demander, et l'intérêt qu'ils peuvent avoir à la bonne gestion du patrimoine n'est pas, par suite, aux yeux de la loi même aussi dominant et aussi exempt de défaillance qu'on veut bien l'admettre.

Le tribunal est ici encore souverain appréciateur de la demande et il peut l'accueillir ou la rejeter (art. 32).

5. Il en résulte qu'un individu placé dans un établissement privé peut se trouver sans administrateur provisoire. La demande peut n'avoir pas été formée ou le tribunal l'avoir rejetée. La loi prévoit le cas où cette administration peut n'être pas nécessaire, et il peut en être ainsi lorsque l'aliéné est indigent, lorsqu'on a déjà pourvu à la gestion de ces biens ou que sa guérison paraît prochaine.

Faut-il ajouter le cas où l'aliéné lui-même aurait désigné un mandataire soit avant, soit depuis son entrée dans l'asile?

Digitized by Google

Contrairement à l'opinion de M. Chardon (*puiss. tutel.*, n° 189) qui va jusqu'à admettre que le mandataire conserverait ses pouvoirs pendant toute la vie de l'aliéné si sa maladie était incurable, nous ne le croyons pas. Si la désignation du mandataire peut suffire aux premiers temps du placement dans l'asile, le tribunal devrait, selon nous, intervenir quand l'opportunité s'en ferait sentir, pour examiner ce mandat et le révoquer s'il y a lieu. Il n'est pas besoin d'insister sur les dangers que pourraient courir les intérêts du malade si par suite de la désignation d'un mandataire, les tribunaux perdaient le pouvoir tutélaire qu'ils ont en cette matière et qui n'est déjà que trop restreint (*Sic.*, Demol. t. VIII, p. 540; Aubry et Rau, t. I, p. 528, note 6).

6. Le tribunal est souverain appréciateur de la demande, il peut en conséquence choisir comme administrateur la personne qu'il jugera à propos. Ses préférences doivent se porter sur des parents et notamment sur les héritiers présomptifs comme étant les plus intéressés à la conservation des biens.

7. Le tribunal ne peut admettre la demande qu'après délibération du conseil de famille et sur les conclusions du ministère public. Son jugement ne peut être rendu qu'en chambre du conseil et n'est pas susceptible d'appel (L. 1838, art. 32 et 33; Caen, 15 nov. 1870, Sir. 72. 2. 308; Pal. 72. 1211 ; Dall. 73. 2. 238), afin d'éviter les frais et les dangers de la publicité.

§ 2. — Nature de l'administration provisoire.

8. L'administration provisoire est, comme la tutelle, une charge publique et gratuite. Les causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution sont les mêmes qu'en matière de tutelle (art. 34). On n'a donc qu'à se reporter sur ce point aux art. 427 à 445 du Code civil.

§ 3. — Pouvoirs de l'administrateur provisoire.

9. Les fonctions de l'administrateur provisoire se bornent à la gestion des biens. L'art. 32 de la loi ne laisse, à cet égard, aucun doute quand il dit *administrateur provisoire aux biens.* A ce point de vue, l'administrateur provisoire de l'aliéné non interdit diffère de celui que le tribunal peut commettre, dans une instance en interdiction, et qui, d'après l'art. 497 du Code

Digitized by Google

civil, doit prendre soin de la *personne* et des biens du défendeur en interdiction. La citation que fait l'art. 32 de la loi de l'article 497 n'est pas exacte et le mettrait en contradiction avec lui-même puisqu'il spécifie les pouvoirs de l'administrateur et les restreint aux biens.

La distinction que la loi a entendu établir entre la personne et les biens de l'aliéné résulte trop formellement du rapprochement des articles 32 et 38 pour qu'il soit besoin d'insister sur l'impropriété du renvoi à l'art. 497 du Code civil.

A. *Actes que peut faire l'administrateur provisoire.* — **10.** L'administrateur provisoire peut procéder :

1° à l'acquittement des dettes;

2° au placement des sommes disponibles;

3° à la passation des baux, mais pour une durée maximum de trois années à la différence des autres administrateurs;

4° au recouvrement des créances ; ce qui comporte le pouvoir de recevoir, en intérêts et capital, le paiement des sommes offertes par le débiteur et aussi celui de poursuivre ce dernier, s'il est en retard de payer. Mais il ne s'agit dans cette dernière hypothèse que de la poursuite à raison d'une dette établie par un acte revêtu de la formule exécutoire, et non de plaider et d'obtenir condamnation, car il n'a pas mission de représenter l'aliéné en justice comme nous le verrons. Nous devons faire remarquer que si l'administration provisoire appartenait aux commissions administratives ou de surveillance, ces commissions et virtuellement le membre qu'elles auraient préposé à la gestion ne devant pas avoir le maniement des deniers (art. 3), les sommes dues à l'aliéné devraient être directement versées entre les mains du directeur qui seul peut donner quittance et qui pourra les employer au profit de l'aliéné.

11. 5° Pourrait-il faire vendre le mobilier corporel ou céder les droits mobiliers ? l'art. 31 de la loi répond qu'il le peut, mais avec l'autorisation spéciale du président du tribunal.

12. Mais on peut se demander quel tribunal est, ici, compétent : celui du domicile de l'aliéné, celui de la situation de l'établissement ou de la situation du mobilier ?

Il semble que ce devrait être celui de la situation de l'établis-

Digitized by Google

sement. Mais dans le silence de la loi, il faut, croyons-nous, décider, suivant le principe général de la minorité et de l'interdiction, que ce sera celui du domicile de l'aliéné (Durieu et Roche, *op. cit.*, n° 134; Dalloz, n° 245).

13. L'administrateur provisoire ne pourra pas même avec l'autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal, céder à l'amiable un office dont l'aliéné serait titulaire. C'est ainsi que le décide la Cour de Metz par un arrêt en date du 8 décembre 1868. Cette décision très juste est venue contredire l'interprétation que l'administration donnait à la loi de 1838. Une circulaire du ministre de la justice, du 18 juillet 1845, autorise, par application de l'art. 32 de la loi de 1838, la famille à faire nommer à l'aliéné un administrateur qui exerce, en vertu des pouvoirs à lui conférés, le droit de présentation au lieu et place du titulaire empêché (Massabiau, *Man. min. publ.*, t. III, n° 3604). Une autre circulaire du 9 juin 1857 (Gillet et Domoly, *analyse des circul.* etc., n° 3174) décide que l'administrateur provisoire nommé en vertu de la loi de 1838 peut procéder à la cession de l'office après avoir consulté le conseil de famille dont la délibération doit être homologuée. C'est cette dernière décision qui avait été suivie dans l'espèce soumise à la Cour de Metz et que cette Cour condamnait avec raison, en se fondant sur ces motifs : que l'administrateur provisoire n'a le pouvoir de faire que les actes d'administration et de conservation, et que si la loi lui permet de vendre le mobilier avec l'autorisation de justice, il ne peut le faire que suivant les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs et non de gré à gré. Mais il résulte de cet arrêt, qui, il faut bien le reconnaître, est conforme au texte de la loi, que les offices appartenant à des aliénés ne pourront être vendus, car, par leur nature, ils ne sont pas susceptibles d'être vendus aux enchères publiques. (Bioche, *Dict. proc.*, v° *Office*, n° 70, 72 et suiv.; Rolland de Villargues; *Rép. du notariat, eod* v°, n° 149 et suiv.). L'article 31 de la loi de 1838 ne laisse aucun doute sur ce point, il vise bien les enchères publiques et exclut la vente à l'amiable en employant les expressions : « *pourra faire vendre* ».

14. Mais faut-il s'arrêter aux conséquences de cet arrêt et déclarer que tout office dont le titulaire est aliéné ne pourra être

Digitized by Google

vendu, tant que durera la maladie. N'irait-on pas, en s'attachant ainsi au texte de la loi, contre son esprit. La loi ne sacrifierait-elle pas, ainsi, les droits et les intérêts qu'elle a pour but de sauvegarder? C'est en s'inspirant, sans doute, de cette considération que la Cour de Lyon, par un arrêt du 22 juin 1865, a décidé que l'administrateur provisoire peut traiter de l'office, avec l'autorisation de justice, par ce motif que l'office est un meuble incorporel. Cette décision nous paraît justifiée et devrait servir de règle, ce nous semble, en pratique. La Cour de Lyon se heurtait à l'argument tiré de l'art. 31 de la loi, d'après lequel la vente devrait avoir lieu aux enchères publiques. Mais cette formalité n'est exigée que comme une garantie en faveur de l'aliéné. Cette garantie n'existerait-elle pas, dans l'espèce, dans le contrôle qu'exerce la chancellerie sur le prix des offices? N'équivaut-elle pas à l'autre — et n'est-elle pas de nature à donner à l'objet de la vente sa véritable et sérieuse estimation, son juste prix? La Cour de Lyon a eu raison d'admettre cette équivalence et de ne pas hésiter entre une interprétation que légitime l'esprit de la loi de 1838 et celle qui irait à l'encontre de cet esprit, et de se laisser influencer par la considération tirée de la dépréciation certaine que subirait l'office privé de son titulaire.

15. 6° L'administrateur provisoire est chargé de représenter l'aliéné aux inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels il se trouverait interessé. Les pouvoirs de l'administrateur en cette matière résultent d'une manière certaine de l'art. 36 de la loi qui dispose pour le cas où il n'en existerait pas et les lui reconnaît ainsi implicitement.

« *A défaut d'administrateur*, dit cet article (ce qui montre bien que la loi elle-même admet que l'aliéné peut ne pas en être pourvu), le président à la requête de la partie la plus diligente commettra un notaire pour représenter les personnes non interdites placées dans les établissements d'aliénés dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ils seraient intéressés. »

16. Le législateur a statué vis-à-vis de l'aliéné comme il l'avait fait pour l'absent. L'analogie des situations commandait des dispositions semblables. Les règles de l'art. 113 du Code civil

Digitized by Google

sont donc applicables à notre cas, et ce sont elles qui détermineront les pouvoirs, en cette matière, tant du notaire que de l'administrateur provisoire. Il en résulte, notamment, qu'ils ne pourront accepter pour lui une succession et qu'ils ne pourront participer au partage auquel elle donnerait lieu qu'autant qu'elle avait été déjà acceptée régulièrement et valablement par l'aliéné (Durieu et Roche, *op. cit.*, n° 162; Demolombe, t. VIII, n° 837; Aubry et Rau, § 127 *bis*, note 17).

16 *bis*. 7° L'administrateur est tenu de recevoir, mais alors seulement qu'il serait nommé par jugement, les significations concernant l'aliéné (art. 35). Faisons remarquer que ce n'est que l'administrateur nommé par jugement à qui la remise doit être faite.

Il en résulte que lorsque l'aliéné est placé dans un établissement public, les commissions administratives ou de surveillance ou leur délégué, qui sont alors investis de l'administration provisoire, n'ont pas qualité pour recevoir les significations.

La loi, par cette restriction, a eu pour but d'éviter aux tiers de bonne foi les erreurs préjudiciables à leurs droits, qui résulteraient, dans ce cas, pour eux de l'ignorance où ils peuvent se trouver du placement dans l'asile, à cause du défaut de publicité qui accompagne cette mesure.

17. Mais le législateur avait aussi à prémunir l'aliéné contre les déchéances que pourraient se ménager les tiers de mauvaise foi, par des significations frauduleusement faites à son domicile. Aussi accorde-t-il aux tribunaux (art. 35) un pouvoir souverain d'appréciation, qui leur permettra d'annuler les significations ainsi faites, si les intérêts de l'aliéné devaient en éprouver quelque lésion.

Il faut étendre, croyons-nous, ce pouvoir d'appréciation au cas où la signification serait faite à domicile alors que l'administrateur provisoire serait nommé par jugement. L'art. 35 n'attachant pas la nullité au défaut d'obéissance à ses prescriptions, et les nullités ne se suppléant pas, les significations, dans cette hypothèse, pourront être maintenues ou annulées par les tribunaux, suivant les circonstances. Il en serait encore de même si, malgré l'existence d'un administrateur nommé par jugement, les

Digitized by Google

significations étaient faites directement à l'aliéné, dans l'asile; (Caen, 30 décembre, 1857; Sir. 58, 2, 626).

En cas de décès de l'administrateur provisoire nommé par jugement, les significations seront faites à la personne de l'aliéné, mais elles resteront soumises à l'appréciation du tribunal, car elles pourraient encore, ici, être frauduleuses et nuire aux intérêts de l'aliéné (V. cass., 13 mars 1865, Sir. 65, 1, 233).

On peut admettre avec MM. Durieu et Roche (*op. cit.*, n° 155), que les significations relatives à des poursuites de recouvrement, exercées par l'administrateur, devraient être adressées à ce dernier, alors même qu'il ne serait qu'administrateur d'office, suivant le régime des établissements publics.

18. L'art. 35 de la loi ne s'applique pas au protêt, qui devant être fait dans les vingt-quatre heures, ne donne pas au créancier le temps qu'il lui faudrait pour se renseigner utilement (art. 162, C. com.). Mais il s'appliquera à la dénonciation du protêt qui peut être faite dans un délai de quinzaine (art. 164, C. com.). M. Vivien, le rapporteur de la loi, qui aurait voulu l'assimiler au protêt et la soustraire, aussi, à l'art. 35, craignit d'exposer la loi à de nouveaux retards.

Tels sont les actes que peut faire l'administrateur provisoire. Ils se réduisent à des actes de conservation et ayant un caractère d'urgence.

B. *Actes que ne peut pas faire l'administrateur provisoire.* — **19.** Voyons maintenant les actes qu'il ne peut pas faire et limitons le mandat dont il est investi.

1° Il est d'abord bien certain qu'il ne pourrait faire des actes de disposition ou d'administration définitive même avec l'autorisation de la justice. Les actes de cette nature qu'il ferait ne seraient pas opposables à l'aliéné.

20. Mais son intérêt peut commander de vendre, d'hypothéquer, d'emprunter, de transiger, d'accepter ou de répudier une succession, de doter ou d'établir ses enfants, etc., comment procédera-t-on alors?

Que ces actes excèdent les pouvoirs da l'administrateur, cela ne saurait faire l'ombre d'un doute. Les uns sont des actes d'administration définitive, les autres des actes de dispositions qui

Digitized by Google

n'ont pas, dès lors, le caractère provisoire que la loi attache à l'administration du mandataire spécial. La jurisprudence a formellement consacré cette distinction en décidant que l'administrateur provisoire ne peut transiger (Metz, 8 décembre 1868).

La loi est muette sur ce point important. Mais c'est, à dessein, qu'elle s'est arrêtée en chemin. En créant l'administration provisoire, elle a eu pour but d'épargner aux familles le recours à une interdiction. Mais elle devait n'autoriser que des actes de nature à maintenir le *statu quo* et ne pouvait aller jusqu'à établir une mesure rivale de l'interdiction et qui aurait pu offrir des dangers.

Si les actes de la nature de ceux que nous venons d'énumérer devenaient nécessaires, ce qui ne se comprendrait que par la prolongation de la maladie, il faudrait recourir à l'interdiction. La pensée du législateur de 1838 est bien nette. Le caractère de l'administration provisoire qu'il crée est trop bien défini pour qu'il ne soit pas permis de douter que la demande en interdiction ne puisse être intentée contre un individu placé dans un établissement d'aliénés.

Le tribunal civil de la Seine l'a admis par un jugement en date du 17 novembre 1866 (*Le Droit* du 21 novembre 1866).

Les familles auraient un moyen d'éviter l'interdiction, en saisissant les moments lucides que pourrait avoir l'aliéné et en le laissant faire alors lui-même l'acte dont il s'agit, pourvu que les tiers y consentent.

21. 2° L'administrateur provisoire ne peut, à moins d'en être spécialement chargé par le tribunal, représenter l'aliéné en justice. En décidant qu'en cas de procès l'administrateur provisoire pourra être désigné par le tribunal pour représenter l'individu dont il gère les biens, la loi montre que l'administrateur n'a pas, par lui-même, ce pouvoir.

Lorsque l'aliéné se trouve en présence d'une contestation judiciaire, le tribunal devra lui désigner un mandataire spécial pour le représenter. Le mandataire pourra être l'administrateur provisoire (art. 33).

Le mandataire est désigné par le tribunal à la diligence de l'administrateur provisoire ou du procureur de la République.

Mais qu'il s'agisse d'un tiers ou de l'administrateur provisoire,

Digitized by Google

il lui faudra toujours un pouvoir spécial pour chaque affaire. Il doit en être ainsi dans tous les cas et alors même que le tribunal aurait accordé au mandataire *ad litem* le pouvoir général de représenter l'aliéné dans toutes les instances où il pourrait se trouver engagé (Caen, 30 décembre 1857 ; Demol. t. VIII, n° 834 ; Durieu et Roche, *op. cit.*, n° 143).

22. La désignation d'un mandataire *ad litem* est, pour le tribunal, tantôt obligatoire et tantôt facultative.

Elle est facultative, lorsqu'il s'agit d'intenter une action au nom de l'aliéné et encore faut-il quelquefois que la demande présente un certain caractère d'urgence.

Elle est obligatoire, au contraire : 1° lorsqu'il s'agit de suivre dans l'intérêt de l'aliéné une instance où il se trouvait engagé avant son placement dans l'asile ; 2° lorsqu'il s'agit de défendre à une action introduite contre lui après son placement.

La demande en interdiction d'un aliéné, dans les hypothèses que nous avons signalées plus haut, doit être introduite et doit être formée, à peine de nullité, contre l'aliéné lui-même, car la peésence de la personne à interdire est substantielle dans la procédure d'interdiction (art. 489 et suiv. Code civ. ; Aubry et Rau p. 513; Bonnier et Roustain, *Com. Code civ.*, t. I, n° 722 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. II, p. 465 ; Demol., t. VIII, n° 479 et 481).

23. Cela étant admis comme incontestable, un mandataire *ad litem* est-il nécessaire, et celui qui aurait été nommé à l'aliéné aurait-il qualité pour intervenir dans l'instance en interdiction.

La Cour de Nancy, par un arrêt du 4 juillet 1860 (Sir., 63. 2. 108), a décidé la négative. Le tribunal de la Seine, par un jugement en date du 25 juin 1874 (*Journ. des Avoués*, t. VIII, 1874, p. 411), a décidé le contraire.

La Cour de Nancy violait formellement l'art. 33 de la loi de 1838 et allait à l'encontre des dispositions prises par cette loi pour protéger l'aliéné. En exigeant que l'aliéné soit représenté dans les contestations judiciaires qu'il pourrait avoir, elle a eu pour but de lui faciliter sa défense et de la rendre sérieuse.

Il est vrai que l'aliéné actionné en interdiction doit être appelé en personne devant les juges et cela dans le but unique de se

Digitized by Google

défendre (art. 496-497, C. civ.). Mais cette défense ne serait-elle pas illusoire et vaine si on ne l'attendait que de lui seul? Comprendrait-il, même, la gravité de sa comparution? Le débat serait-il, comme l'exige et le désire la loi, réellement contradictoire, et le jugement qui le terminerait ne serait-il pas plutôt une sorte de jugement par défaut?

C'est ce dernier résultat qui se produisait, en fait, au tribunal de la Seine, lequel se basant sur l'arrêt de la Cour de Nancy avait exclu pendant longtemps de l'instance en interdiction le mandataire *ad litem*. C'est contre ce résultat qu'il réagissait par son jugement du 25 juin 1874. La décision nous paraît très sage et se justifie aisément. Nous dirons que si le législateur a pensé que, dans les contestations où il pourrait se trouver engagé, l'aliéné devait être pourvu d'un mandataire *ad litem*, à plus forte raison doit-il en être ainsi dans une instance où il doit, pour sa défense, payer de sa personne et répondre par lui-même à l'action dirigée contre lui. Nulle part, ce semble, la présence d'un mandataire qui l'aiderait et l'assisterait ne se fait plus vivement sentir. La défense que la loi exige du défendeur en interdiction et les garanties dont elle entoure cette procédure spéciale ne seraient satisfaites qu'à ce prix. Ces raisons décisives, selon nous, nous conduisent à penser que le mandataire *ad litem* doit intervenir dans l'instance en interdiction.

24. Faut-il voir une exception à l'art. 33 de la loi de 1838 dans l'action en paiement d'aliments formée par l'administrateur conformément à l'article 27 de la loi? Le mandat spécial est-il nécessaire en pareil cas? M. Demolombe pense que ce mandat n'est pas nécessaire (t. VIII, n° 832).

L'article 27 est ainsi conçu : « Les dépenses énoncées en l'article précédent seront à la charge des personnes placées; à défaut, à la charge de ceux auxquels il peut être demandé des aliments, aux termes des articles 205 et suiv. du Code civil; s'il y a contestation sur l'obligation de fournir des aliments et sur leur quotité, il sera statué par le tribunal compétent à la diligence de l'administrateur désigné en exécution des art. 31 et 32. »

Il ne nous semble pas résulter de cet article que l'administrateur provisoire doive échapper aux règles de l'art. 33. Ce sont

Digitized by Google

les droits de l'aliéné qu'il est ainsi appelé à exercer. C'est cette créance qu'il poursuit, en vertu de l'art. 1166, C. civ., au nom de la commission administrative. C'est moins une exception que consacre l'art. 27 que la règle qui autorise tout créancier à exercer les droits de son débiteur. Il suppose que l'aliéné doive à l'établissement et il autorise la commission administrative, par son délégué, à poursuivre le recouvrement de sa créance en exerçant celle qui appartiendrait à l'aliéné débiteur.

Les prescriptions de l'art. 33 sont donc générales en notre matière, et ne comportent aucune exception.

25. Le mandat *ad litem* n'est pas une charge publique.

C'est un mandat ordinaire, qui, comme tout mandat est en principe gratuit. Nous croyons toutefois que des honoraires pourraient être alloués au mandataire spécial par le tribunal qui s'autoriserait, pour cela, de l'art. 1986, C. civ. (*Sic*, Durieu et Roche, *op. cit.*, n° 150; Demol, t. VIII. n° 834; Aubry et Rau, t. I, p. 532).

C. *Nature des pouvoirs de l'administrateur provisoire.* — **25** *bis.* L'étude, à laquelle nous venons de nous livrer, de l'étendue des pouvoirs de l'administrateur provisoire, nous permet de caractériser son mandat.

Ce mandat consiste à prendre des mesures conservatoires, à faire et à passer les actes qui ont un caractère d'urgence. Ses fonctions ne sont que provisoires, sa mission ne peut que participer de ce caractère. Nous avons vu la loi exiger l'interdiction lorsqu'il s'agit d'actes de disposition ou d'administration définitive, ne permettre à l'administrateur de consentir des baux que pour une durée de trois ans au lieu de neuf comme elle y autorise les administrateurs ordinaires. Nous l'avons vue restreindre soigneusement sa mission et indiquer les actes qu'elle comporte, s'attachant ainsi à la rendre exceptionnelle et provisoire et à l'offrir aux familles comme un moyen d'éviter la procédure bruyante de l'interdiction.

§ 4. — Responsabilité de l'administration provisoire.

26. L'administration provisoire étant un mandat, c'est la responsabilité du mandat qu'elle entraînera. Il ne saurait être permis,

Digitized by Google

en présence du silence des textes, de lui appliquer la responsabilité exceptionnelle et exorbitante du tuteur (art. 455, 456 et 474 Code civil) et de la soustraire aux règles établies, sur ce point, par le droit commun. Nous distinguerons entre l'administration provisoire légale et judiciaire.

A. *Administration provisoire légale.* — **27.** Les membres de la commission administrative ou de surveillance ne sont personnellement soumis à aucune responsabilité. Ces commissions, en effet, sont des corps délibérants, dans lesquels les décisions sont prises à la majorité.

La majorité y lie la minorité et on ne conçoit pas que chacun de ses membres puisse répondre personnellement des décisions délibérées. Leur organisation exclut donc toute responsabilité personnelle. Il en est de même du membre délégué par la commission dans les fonctions d'administrateur provisoire. Ce n'est là, nous l'avons dit, qu'une mesure d'ordre intérieur qui ne déplace point l'administration provisoire et la laisse à la commission à qui, seule, la loi la confie.

Il faut, cependant, remarquer que les membres des commissions répondent de leur dol et de toute faute lourde assimilable au dol qui pourrait leur être imputée. Sauf ce cas particulier et rentrant dans l'hypothèse générale, la responsabilité se partage, alors, entre le receveur de l'établissement public d'aliénés et l'établissement lui-même considéré comme personne morale.

28. Le receveur, chargé de toucher les sommes dues à l'aliéné et de payer celles dont il est débiteur, doit fournir le compte de recettes et de dépenses et restituer le reliquat. L'établissement doit rendre un compte d'administration et répond du défaut de gestion et des suites d'une mauvaise gestion.

29. Le patrimoine du receveur forme le gage commun de ses créanciers. A cette garantie générale la loi de 1838 en ajoute une autre : son cautionnement est affecté par premier privilège à l'acquittement des reliquats de ses comptes envers les individus placés dans l'établissement. L'art. 31, alin. 3, de la loi porte en effet : « le cautionnement du receveur sera affecté à la garantie des dits deniers par préférence aux créances de toute autre nature. En vertu de l'art. 2102 du Code civil l'établissement jouit

Digitized by Google

d'un privilège contre le receveur pour les créances qui naîtraient pour lui des abus et prévarications commis, par ce dernier, dans l'exercice de ses fonctions. Le privilège porte aussi sur le cautionnement et il y a concours de privilège entre l'établissement et l'aliéné.

Le privilège de l'établissement sera primé par celui de l'aliéné. L'art. 31, al. 3, de la loi tranche ainsi positivement le conflit qui pourrait s'élever sur ce point. Mais si le receveur était insolvable ou si son cautionnement était insuffisant, l'aliéné pourrait-il recourir contre l'établissement ? Il semblerait qu'un recours pareil lui serait assuré par l'art. 1384 du Code civil : « On est responsable, dit cet article, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde. »

30. L'établissement ne répond-il pas du receveur ?

Nous croyons que l'aliéné n'a pas, dans l'espèce, de recours contre l'établissement, car, au point de vue de la manutention des deniers, le receveur n'est pas le préposé de l'établissement. C'est une attribution qui lui est propre et qu'il reçoit directement de la loi et à ce point de vue il ne peut être considéré, si on se rend compte de la nature de ses pouvoirs spéciaux, que comme le mandataire légal de l'aliéné.

La responsabilité de l'établissement, en tant que personne morale, se trouve garantie par les biens compris dans son patrimoine, mais aucun gage spécial n'est créé par la loi.

B. *Administration provisoire judiciaire.* — **31.** Dans le cas d'administration provisoire judiciaire, la responsabilité pèse toute entière et exclusivement sur l'administrateur provisoire.

32. Le tribunal, pour rendre cette responsabilité plus efficace, peut (art. 34, loi 1838), sur la demande des parties interessées ou sur celle du procureur de la République, par le même jugement qui nomme l'administrateur provisoire, constituer, sur les biens de ce dernier, une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme qu'il détermine.

Cette hypothèque devra, par les soins du procureur de la République, être inscrite au bureau de la conservation, dans le délai

Digitized by Google

de quinzaine et elle ne datera que du jour de l'inscription.

Mais l'inscription peut être requise, aussi, par le conjoint, les parents ou même les amis de l'aliéné, suivant l'art. 2139, Code civil. L'art. 34 ne déroge pas au droit commun sur ce point. L'obligation qu'il impose au procureur de la République n'exclut pas celle qui résulte pour les personnes que nous venons d'énumérer de l'art. 2139, C. civ. Cette hypothèque n'est ni tout à fait légale, ni tout à fait judiciaire. Le tribunal a ainsi toute latitude pour apprécier l'étendue des garanties qu'il doit exiger de l'administrateur et pour concilier les intérêts qu'une telle mesure met en conflit.

33. Si le tribunal n'avait pas constitué l'hypothèque par le jugement qui nomme l'administrateur provisoire, pourrait-il la constituer après coup ?

La raison de douter vient, surtout, des expressions « *en même temps* » qu'emploie l'art. 34 et qui laisseraient croire que la constitution d'hypothèque ne peut être faite qu'en même temps que la désignation de l'administrateur. MM. Aubry et Rau professent la négative : le texte de la loi est formel, disent-ils, en substance, et laisse d'autant moins place à un doute qu'on comprend que le législateur n'ait pas voulu qu'on pût aggraver, après coup, la situation de l'administrateur (t. I, p. 534, note 26). En admettant que le texte de la loi ne précise pas suffisamment la pensée du législateur, ne devrait-on pas, quand même, lui donner une portée restrictive et limitée à cause du caractère tout exceptionnel de l'hypothèque dont il permet la constitution ?

M. Chardon (*Puiss. tutél.*, n° 177) soutient également cette opinion en se basant sur cette considération qu'il résulte du silence du jugement chose jugée quant à la solvabilité de l'administrateur. Mais cet argument ne paraît pas à M. Chardon, lui-même, à ce point invincible, et il excepte le cas où des changement survenus dans la fortune de l'aliéné ou dans celle de l'administrateur rendraient cette garantie nécessaire.

Nous croyons que l'argument ne porte pas : la chose jugée ne saurait s'appliquer à une demande ultérieure en constitution d'hypothèque du moment qu'elle n'a pas fait l'objet du premier jugement, c'est une demande nouvelle qui serait introduite.

Digitized by Google

En outre, il ne saurait être question, dans notre cas, d'autorité de chose jugée, attendu qu'il s'agit d'un acte de juridiction gracieuse, auquel cette autorité ne peut s'attacher (Bertin, *Ch. du Conseil*, t. II, n° 736). Le texte de l'art. 34 ne comporte pas, ce nous semble du moins, une interprétation seulement restrictive. Il n'est qu'énonciatif et se borne à indiquer au tribunal une faculté qu'il peut exercer en même temps qu'il nomme l'administrateur, sans lui en interdire l'exercice après cette nomination.

Nous sommes donc porté à décider que la constitution d'hypothèque peut être demandée au tribunal et faite par lui postérieurement à la nomination de l'administrateur. (*Sic*, Demol., t. VIII, n° 824).

§ 5. — Comment cessent les pouvoirs de l'administrateur.

A. *Administrateur provisoire.* — **34.** L'administration provisoire cesse de plein droit :

1° Dès que la personne placée dans un établissement n'y est plus retenue (Bordeaux, 20 juin 1855; *Droit* du 30 nov. 1865).

2° Lorsque, l'aliéné ayant été interdit, il lui a été nommé un tuteur et un subrogé-tuteur. Nous ferons remarquer, ici, que ce n'est pas l'interdiction de l'aliéné qui met fin aux pouvoirs de l'administrateur, mais la nomination du tuteur à l'interdiction. Nous appliquons par analogie, à ce cas, les dispositions de l'article 505 du Code civil, relatives à l'administrateur provisoire, nommé pendant la procédure d'interdiction, dont les fonctions ne cessent que par la nomination du tuteur (V. Rouen, 2 fév. 1855 ; *Sir.* 55. 2. 510).

3° Par la mort de l'administrateur provisoire (arg. des art. 419 et 2003 et cass., 13 mars 1865, *Sir.* 65. 1. 233).

4° Lorsque l'administrateur provisoire a été nommé par jugement, ses fonctions cessent, de plein droit, à l'expiration du délai de trois ans.

Cette disposition ne s'applique point aux administrateurs légaux, ni aux administrateurs provisoires donnés à des personnes entretenues par l'administration dans des établissements privés.

Digitized by Google

Mais ses pouvoirs peuvent être renouvelés (art. 37) et le jugement qui intervient de ce chef n'est pas plus susceptible d'appel que celui qui les lui avait conférés. (Paris 4 janvier 1851, *Gazette des Tribunaux* du 6 janvier 1851).

35. L'administrateur provisoire peut-il refuser ce renouvellement de pouvoirs? La question est controversée. MM. Durieu et Roche (*op. cit.*, n° 166) enseignent que l'administrateur, dont les pouvoirs sont renouvelés par la justice, n'est pas tenu de les accepter.

Ces auteurs se fondent sur cette considération que l'art. 37 ne reproduit pas l'art. 34 et qu'en ne fixant la durée des pouvoirs qu'à trois ans, la loi n'a disposé que par analogie aux prescriptions de l'art. 508 du Code civil, d'après lequel « nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un interdit au-delà de dix ans. »

Dans l'opinion contraire, on dit : « l'art. 37 confie au tribunal, vis-à-vis l'administrateur provisoire, après le délai de trois ans, le même droit de nomination qu'il avait dès le principe, or, alors, cette nomination était obligatoire. »

Mais si l'administrateur était tenu d'accepter après trois ans, si ses pouvoirs devaient forcément survivre à l'expiration de ce délai, pourquoi la loi a-t-elle fixé un délai ? Au surplus, ce qui nous décide à nous ranger à l'opinion de MM. Durieu et Roche qui est celle aussi de MM. Aubry et Rau (t. I, p. 535, note 30), ce sont les termes mêmes, dont se sert l'art. 37. « *Ils pourront être renouvelés,* » dit l'article, ce qui comprend certainement la faculté de renouveler les fonctions, mais ce qui n'exclut pas celle de les accepter.

B. *Comment cessent les pouvoirs du mandataire* ad litem *et du notaire ?*

36. Les pouvoirs du mandataire *ad litem* et du notaire commis par le tribunal (art. 36), pour représenter l'aliéné dans les inventaires, comptes, liquidations et partages cessent, dès que le malade n'est plus retenu dans l'asile.

(*La suite prochainement*). PIERRE SARRAUTE.

Digitized by Google

DEUX MOTS SUR UN ARTICLE DE LA LIVRAISON DE JUILLET.

Monsieur le Rédacteur en chef,

Je suis très honoré de ce que M. Ch. Lyon-Caen ait bien voulu discuter avec moi une question juridique, sur la solution pratique de laquelle nous sommes d'accord, ne différant que sur l'emploi des arguments. Je ne songerais pas à répliquer, si je ne remarquais que mon éminent contradicteur, résumant sans doute de mémoire ce que j'avais écrit, réfute des opinions qui ne sont aucunement les miennes. J'ai bien dit : « Le capitaine n'est pas le mandataire des chargeurs. » Je n'ai pas ajouté : « *C'est un simple gérant d'affaires.* » J'ai écrit au contraire : « Quand « le capitaine accomplit les devoirs de sa charge, les strictes obli- « gations que lui impose le Code de commerce, c'est lui-même « qu'il protège. *Il n'est pas plus* NEGOTIORUM GESTOR *que man-* « *dataire.* »

Ce que j'ai ajouté, c'est que le capitaine *peut être un* negotiorum gestor, *quand il fait plus et autre chose que les devoirs de sa charge.* Il *peut* le devenir comme tout autre citoyen, comme mon voisin, dans des circonstances d'exception. Je me suis attaché à montrer que ces circonstances sont tellement exceptionnelles que je les ai reléguées au pays de la chimère. J'ai nié notamment que, dans l'espèce examinée, le capitaine eût fait aucun acte personnel de gérant d'affaires. J'ai soutenu que c'était son armateur de Liverpool qui en avait été un, téméraire, maladroit, et n'ayant rien fait *d'utile* pour ses affréteurs. Telle a été ma thèse. Il y a loin de là à dire que le capitaine *est un simple gérant d'affaires.* Je ne l'ai ni dit ni pensé, et j'ai pensé le contraire de cette proposition.

M. Ch. Lyon-Caen écrit : « Cette qualification (de gérant « d'affaires) ne convient qu'à celui qui, sans y être aucu- « nement obligé, s'occupe de l'affaire d'autrui. C'est là une « idée élémentaire qu'aucun jurisconsulte ne paraît avoir jus- « qu'ici contestée. » Et le savant professeur veut bien exprimer le regret d'être, en droit, absolument en désaccord avec

Digitized by Google

moi sur ce point. Je le supplie de se rassurer. Il n'y a pas le plus léger désaccord entre nous, et je n'ai pas contesté cette idée élémentaire. Quand le capitaine fait *plus et autre chose que les devoirs de sa charge*, c'est précisément en s'occupant de l'affaire d'autrui, sans y être aucunement obligé, qu'il *devient* un gérant d'affaires, ce qu'il n'était pas.

Par exemple, je suppose que mes marchandises soient englouties au fond de la mer, à la suite d'un cas fortuit que je ne reproche pas au capitaine. Si, sur les lieux, des sauveteurs offrent d'entreprendre le sauvetage à leurs risques et périls, s'il y a urgence et que le capitaine n'ait pas le temps de me consulter, ce sera le devoir de sa charge de discuter et d'accepter ces offres, puisqu'il est responsable des marchandises dont il s'est chargé. Mais, s'il s'avise d'aller recruter à ses frais, en régie, des plongeurs, des scaphandriers dont il paiera de ses deniers les hauts salaires, comme assurément rien ne l'y oblige, il s'occupe de l'affaire d'autrui, de mon affaire. Il *devient* un *negotiorum gestor*. De grâce qu'est-il, s'il n'est pas cela ?

Seulement, encore une fois, nous sommes dans l'hypothèse et dans la chimère. Jamais on n'a vu un capitaine se livrer à ces actes de dévouement, ni avancer pour autrui, de l'argent — qu'il n'a pas.

Entre le savant professeur et moi il y a un dissentiment, un seul. Il pense que la faculté d'abandon de l'article 216 peut être étendue par l'analogie aux chargeurs. Je pense, avec la Cour d'Aix, que cette extension n'est pas juridique. Il me lance ici une petite flèche bien inoffensive de malice, en faisant remarquer que je tomberais à mon tour dans les excès de l'esprit légiste, après les avoir tant reprochés aux jurisconsultes. Je consens de grand cœur, une fois n'est pas coutume, à m'être montré une fois plus attaché à la doctrine qu'un docteur *utriusque juris*, mais j'essaierai de me défendre de m'être mis en contradiction avec ma pensée générale. Ce que je professe dans ma chaire indépendante, je veux dire dans mon modeste fauteuil d'homme d'affaires, c'est que la jurisprudence doit avoir une très grande largeur d'interprétation des textes, — lorsque les textes sont surannés, obscurs, ou conduisent, par leur application littérale, à

Digitized by Google

des décisions qui blessent la justice. L'article 216 n'est pas suranné, il n'est pas obscur, je n'ai aucun besoin de l'étendre pour protéger les chargeurs. J'établis qu'ils sont très amplement protégés par le droit commun, et voilà pourquoi je puis laisser l'article 216 aux intérêts spéciaux qui l'ont sollicité.

Quoi qu'il en soit, c'est un dissentiment. Il suffit à me rendre timide, quand je tiens en si haute estime la science et l'esprit judicieux de mon très bienveillant contradicteur. Du moins qu'on ne m'accuse pas d'un autre désaccord. Si peu versé que je sois dans le droit civil, je n'ai pas méconnu le caractère du *negotiorum gestor* au point d'attribuer cette qualification au capitaine.

Recevez, etc.

ALFRED DE COURCY.

28 juillet 1885.

BIBLIOGRAPHIE.

DE L'ÉTAT ANORMAL DE LA RÉPRESSION EN MATIÈRE DE CRIMES CAPITAUX ET DES MOYENS D'Y REMÉDIER

Par M. Charles LUCAS, membre de l'Institut.

Compte-rendu par M. CONIAC.

Le Gouvernement et le Parlement s'occupent beaucoup en ce moment, en France, de la répression du mouvement progressif du délit et de sa récidive, ainsi que l'atteste notamment la loi sur les récidivistes promulguée le 28 mai 1885 et promptement suivie du décret du 4 juin qui nomme les membres de la commission chargée de préparer le projet de règlement d'administration publique à soumettre aux délibérations du Conseil d'État pour l'exécution de cette loi.

Cette préoccupation de la répression du délit est, comme l'a dit M. Lucas, fort louable sans doute, mais à son point de vue exclusif, elle suppose que, du côté du mouvement du crime le

Digitized by Google

besoin ne s'en fait pas sentir, autrement elle serait peu logique, car la répression du crime intéresse l'ordre social à un degré encore plus élevé que la repression du délit.

Or les récits journaliers de la presse accusent dans le mouvement du crime une aggravation dont s'alarme l'opinion publique, et qui ne doit pas paraître au Gouvernement et au Parlement une quantité négligeable. On dira qu'on a fait une loi en 1854 pour appliquer la transportation à la répression du crime; mais c'est la dangereuse inefficacité de cette loi qui compromet aujourd'hui la sécurité sociale, ainsi que l'a démontré M. Charles Lucas dans un mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques aux séances des 18 août, 22 septembre, 27 octobre, 8 décembre et 31 décembre 1884, et qui est aujourd'hui un livre que vient de publier le libraire Pedone-Lauriel sous le titre de l'*Etat anormal de la répression en matières de crimes capitaux et des moyens d'y remédier.*

L'auteur a fait précéder la publication de ce mémoire d'une Introduction contenant l'exposé de ce que devrait être à notre époque l'état normal de la répression et le desideratum de son perfectionnement par l'avénement de l'emprisonnement préventif, répressif et pénitentiaire dans la codification pénale des sociétés modernes. Il y a ajouté plusieurs tableaux statistiques sur le mouvement de la criminalité non-seulement en France, mais dans les principaux États de l'Europe.

Parmi les conditions qui constituent l'efficacité des peines et par conséquent l'état normal de la répression, il en est quatre principales : l'exemplarité, la certitude de l'exécution, l'intimidation et la graduation. L'auteur expose successivement l'état anormal de la répression sous chacune de ces quatre conditions. Il rappelle la discussion sur la peine de la transportation qui, en 1853, occupa plusieurs séances à l'Académie des sciences morales et politiques et dans laquelle il prédisait que cette peine serait en France ce qu'elle avait été en Angleterre, une prime d'encouragement à commettre le crime au lieu d'un moyen de le prévenir et de le réprimer. Ces prévisions n'ont été malheureusement que trop confirmées par l'impuissante loi de 1881, qu'ont nécessité les crimes commis dans les prisons par les condamnés, pour obtenir

Digitized by Google

leur transfèrement à la Nouvelle-Calédonie. Aussi l'opposition de l'honorable académicien à la transportation, qui comptait dans l'Académie plusieurs contradicteurs en 1853, n'en a-t-elle rencontré aucun en 1884, et y a même obtenu l'adhésion complète et bien motivée de deux membres spécialement compétents : M. Arthur Desjardins, avocat général à la Cour de cassation, et M. Georges Picot, ancien directeur des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la Justice.

La conclusion de ce livre est que pour rétablir en France l'état normal de la répression en matière de crimes capitaux, deux moyens principaux sont nécessaires : l'élaboration d'un nouveau Code pénal conforme aux besoins moraux de notre époque, et l'abrogation en matière de crimes capitaux de la loi de 1854 sur la transportation. Ce qui paraît à l'auteur plus urgent encore que l'élaboration d'un nouveau Code pénal, c'est la promulgation d'une loi spéciale ayant pour objet de remplacer par la réclusion solitaire à perpétuité ou à temps, l'application de la transportation aux coupables de crimes capitaux, dans les cas de commutation de la peine de mort, dont ce livre constate dans un titre spécial, la progression en France et dans la plupart des pays de l'Europe.

On ne peut pas laisser plus longtemps les accusés reconnus coupables d'assassinat, par suite de l'admission des circonstances atténuantes, profiter de la commutation, pour aller subir dans la Nouvelle-Calédonie la peine de leur prédilection. Il n'est pas possible de laisser en remplacement de la peine de mort dans les cas de commutation une peine aussi dépourvue que l'est la transportation des conditions essentielles d'efficacité, et notamment de celles de l'intimidation et de la graduation ; une peine enfin qui, au lieu d'être redoutée par le condamné, satisfait son désir.

En lisant ce livre on ne peut s'expliquer que le gouvernement et le Parlement se consacrent exclusivement à combattre le mouvement progressif du délit et de sa récidive, sans se préoccuper de l'état anormal de la répression en matière de crimes capitaux auquel il est si urgent de remédier.

L'auteur ne peut admettre qu'il suffise d'appeler la transportation, relégation, pour qu'en changeant de nom elle change de

Digitized by Google

nature et qu'elle ait en matière de délits l'efficacité qu'elle ne peut avoir en matière de crimes capitaux.

Les faits viennent chaque jour lui donner raison à cet égard. C'était récemment celui du sieur Rembotte qui, poursuivi pour délit de vagabondage, comparaissait le 9 juin 1885 devant la Cour des appels correctionnels de Grenoble. Après la plaidoirie de son défenseur, interrogé par M. le président s'il n'avait rien à ajouter pour sa défense, Rembotte répond : « *Je désire être envoyé en Nouvelle-Calédonie.* » M. le président lui ayant fait remarquer que le délit qu'il avait commis ne comportait pas l'envoi dans cette colonie : « *Je vois bien*, réplique Rembotte, *que les juges de Grenoble sont aussi canailles que ceux de Saint-Marcellin ?* » Puis, sortant une grosse pierre qu'il tenait cachée sous ses vêtements, il la lança avec force à la tête du président. Celui-ci fit un mouvement de côté et la pierre alla frapper et briser la partie supérieure de son fauteuil. La Cour, séance tenante, a condamné ce forcéné, à cinq ans de prison.

Le livre de M. Lucas a déjà produit une vive sensation parmi les criminalistes dont plusieurs lui ont consacré de remarquables articles dans lesquels ils louent sa persévérance à signaler à la réforme répressive et pénitentiaire, les deux politiques qu'il a appelées l'une, la *politique civilisatrice* parce qu'elle se fonde sur des principes, et l'autre, la *politique du débarras* parce qu'elle ne repose que sur des expédients. A cet écueil, qui dans l'état présent compromet gravement cette réforme, s'en joint un autre, la tendance philanthropique qui fausse le caractère et dénature l'efficacité de la répression, ainsi que le reconnaît M. Arthur Mangin dans l'article inséré au journal l'*Économiste Français* relatif à l'examen du livre de M. Lucas. « Une doctrine, dit-il, dont le grand Victor Hugo fut un des premiers et des plus fervents apôtres, et qui depuis, grâce à lui et à des publicistes distingués, à des orateurs éloquents, à des poètes a fait son chemin dans le monde. » La réforme pénitentiaire n'est pas une question de philanthropie, mais une question de répression efficace et de sécurité sociale [1].

[1] C'est ce qu'a bien démontré le savant d'Olivecrona dans son intéressant livre sur les moyens de prévenir la récidive, dont la dédicace est conçue

Digitized by Google

Dès 1827, dans son ouvrage sur le système pénal et répressif, couronné à la fois à Genève et à Paris, M. Charles Lucas, se montrait l'adversaire de la peine de mort, mais il n'en demandait la suppression que sous les deux conditions préalables d'une nouvelle peine d'une efficacité équivalente, celle de la réclusion solitaire et de l'élaboration d'un nouveau Code pénal. Il déclarait hautement que tant que ces conditions ne seraient pas remplies, il ne pourrait sans inconséquence proposer en France l'abolition de la peine de mort. Ces conclusions sont encore les siennes aujourd'hui, et c'est au développement du même programme que son nouvel écrit est consacré. Il constate que dans la plupart des Etats européens la répression en matière de crimes capitaux a été rendue de plus en plus inefficace par la progression des commutations de la peine capitale qui résultent d'une part, de l'admission des circonstances atténuantes par le jury, et d'autre part, de l'exercice du droit de grâce par les chefs d'Etat. Il en conclut qu'il est indispensable d'introduire dans nos Codes une peine [1] nouvelle qui puisse remplacer la transportation et que cette peine doit être la réclusion solitaire.

Mais pour lui, cette première réforme en appelle une autre : il considère la peine de mort comme la clef de voûte d'un système pénal qui doit s'écrouler avec elle, et il réclame un nouveau Code pénal qui devra tendre à substituer l'emprisonnement préventif, répressif et pénitentiaire aux peines irréparables et aux peines infamantes parce qu'elles ne peuvent appartenir les unes, à une justice faillible et les autres à une justice à la fois répressive et pénitentiaire.

La privation de la liberté répond, suivant le savant criminaliste, à tous les besoins de la codification : au principe de préservation de l'ordre social, puisqu'elle peut mettre le coupable dans l'impossibilité absolue de nuire ; au principe de la graduation des

dans les termes suivants : *A Ch. Lucas qui a donné à la réforme pénitentiaire en* 1828 *sa première histoire et en* 1836 *sa première théorie.*

[1] Cette peine consiste dans l'isolement, sans l'interdiction du travail manuel et intellectuel, avec exclusion de toutes autres visites que celles du Directeur, du médecin, de l'aumônier et du gardien de service.

Digitized by Google

peines, puisque sous ce rapport elle peut satisfaire à toutes les exigences par la nature de son application et par le degré de sa durée; enfin au principe de la réparation, puisqu'elle n'impose pas l'irréparabilité aux erreurs de la justice humaine.

Dans le cours de ce que l'on appelle son laborieux apostolat, M. Lucas ne saurait se résigner à ce que les travaux consacrés aux réformes auxquelles il a dévoué sa vie puissent rester sans résultats.

Aussi, après avoir soumis ses idées réformatrices d'abord à l'Institut sous la forme de mémoire, a-t-il voulu encore, comme il l'avait fait dans différentes circonstances de sa vie, les soumettre sous la forme de pétitions aux appréciations du Parlement et du Gouvernement.

« Il m'a paru, dit l'auteur, dans son avant-propos que du moment où ce mémoire signalait en France l'*Etat anormal de la répression en matière de crimes capitaux et des moyens d'y remédier*, ce n'était pas un travail d'érudition uniquement destiné à la collection des mémoires de l'Académie, mais qu'il convenait d'appeler à la fois sur l'état anormal que je signalais et sur les moyens que je proposais pour y remédier, l'attention de l'opinion publique par voie de publicité et l'attention du Parlement par voie de pétition. C'est la voie que j'ai suivie bien souvent dans l'intérêt de réformes auxquelles j'ai consacré ma vie et je n'ai jamais eu lieu de le regretter. »

Sur le rapport de la commission des pétitions, conçu dans les termes les plus sympathiques, le Sénat a, en effet, renvoyé au Ministre de la Justice, la demande de l'urgente élaboration d'un nouveau Code pénal, conforme aux besoins moraux de notre époque et au progrès de la civilisation.

Le livre de M. Lucas ne réalise pas le vœu si souvent exprimé et le besoin si généralement senti de la réimpression de la théorie de l'emprisonnement en trois volumes qui, depuis longtemps, ne se retrouve plus en librairie et qui pourtant est encore la seule que possède la réforme répressive et pénitentiaire pour servir de programme à la direction de ses études et de ses travaux. Mais ce livre vient avec opportunité rappeler le point de départ de cette théorie, en constater les principes fondamentaux et en ex-

Digitized by Google

poser le développement progressif. « En ce qui concerne la théorie de l'emprisonnement, j'ai cru devoir, dit M. Lucas, rappeler celle, (et du reste unique encore), que j'ai publiée en 1836 avec les cinq degrés dont elle se compose, afin de faciliter l'appréciation des adhésions et des dissentiments. » M. Lucas ne renonce pas à la réimpression de sa théorie si la Providence lui en laisse le temps en prolongeant suffisamment son existence à cet égard. Mais ce livre servira au moins à plusieurs points de vue de complément à cette théorie dans l'ordre des idées et des faits.

Il est pour le perfectionnement du droit criminel, comme on l'a déjà dit, le positivisme des chiffres de la statistique et des faits de l'observation pratique. Membre du conseil supérieur des prisons depuis sa création et antérieurement pendant 35 ans, inspecteur général et président du conseil des inspecteurs généraux des prisons et des établissements pénitentiaires, M. Lucas a consacré sans interruption 55 années aux études théoriques et aux observations pratiques de la réforme répressive et pénitentiaire.

CONIAC.

ÉLÉMENTS DE DROIT CIVIL ANGLAIS,

Par M. Ernest Lehr,
Ancien professeur de législation comparée à Lausanne.

Compt-rendu par M. Henri Pascaud, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry.

On sait que le droit civil anglais diffère profondément du droit des autres nations européennes. Son origine, ses principes sont essentiellement féodaux. Il est comme une épave législative d'un autre monde ou plutôt d'un autre âge. Aussi le jurisconsulte qui veut tracer un tableau fidèle de cette législation se heurte-t-il à des difficultés exceptionnelles. Le conflit qui bien qu'atténué existe encore entre le droit commun et l'équité, la nécessité de consulter un nombre inouï de lois, d'actes du parlement, de décisions judiciaires ayant force de loi qui, depuis tantôt six siècles, se superposent et se contredisent sans qu'on ait jamais cherché à les coordonner et à les concilier, rendent sa tâche des plus périlleuses. M. Ernest Lehr est néanmoins parvenu à

Digitized by Google

triompher de ces multiples obstacles. L'ouvrage qu'il vient de publier n'a pas les développements du beau travail de M. Glasson sur l'histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, mais dans un cadre plus restreint il présente aux personnes qui s'occupent de législation comparée ou qui ont besoin de se renseigner sur la législation anglaise un exposé complet des lois civiles de la Grande-Bretagne.

L'auteur débute par une introduction où il indique les sources du droit anglais et retrace l'organisation judiciaire de nos voisins d'Outre-Manche. Le droit des personnes et le droit de famille, les droits réels, le droit des obligations, le droit des successions sont traités ensuite dans quatre livres qui forment les divisions fondamentales de l'ouvrage.

Le livre premier s'occupe de l'état et de la capacité des personnes physiques et morales; des circonstances qui modifient leur capacité juridique, de la nationalité, de l'extraneité, du domicile, de l'absence, de la minorité et de la tutelle. L'auteur aborde ensuite le mariage, ses conditions constitutives, les moyens de nullité à l'aide desquels on peut le briser, le divorce, la séparation de corps, les effets du mariage relativement à la personne et aux biens des époux, les paraphernaux, les droits de douaire et de survie. Les effets du mariage quant à la personne des époux avaient, il y a peu de temps encore, un caractère d'originalité bien tranchée sur lequel nous devons insister. La personnalité de la femme s'absorbait dans celle du mari à tel point qu'aux yeux de la loi la femme ne vivait plus que sous le couvert de son mari. De là, en ce qui concernait les biens, cette conséquence que la femme mariée était privée de tout droit et de toute protection et que jusqu'à une époque assez récente elle ne pouvait ni tester, ni contracter, ni ester en justice. Ses biens meubles personnels, les fruits de son travail, devenaient la propriété du mari qui n'avait aucun compte à en rendre lors de la dissolution du mariage. Cet état de choses était si exorbitant que la jurisprudence s'était efforcée de l'atténuer plus ou moins complètement à l'aide de divers expédients. Puis une législation libérale l'a enfin modifié en 1870, 1874 et 1882. Aujourd'hui, en vertu de cette dernière loi qui a *consolidé* les précédentes, la femme anglaise qui a

Digitized by Google

contracté mariage postérieurement au 1er janvier 1883 peut posséder des biens propres, meubles ou immeubles qu'elle administre à sa guise et dont elle dispose comme elle l'entend, entre vifs ou par testament, absolument comme si elle n'était pas mariée. Elle s'oblige par contrat jusqu'à concurrence de ses propres meubles et intente librement pour leur protection toutes les actions civiles ou criminelles dont jouit la femme affranchie du lien conjugal. C'est, on le voit, un régime d'indépendance presque complète qui a remplacé une sujétion absolue.

Les rapports de paternité et de filiation présentent une particularité qu'il y a lieu de signaler. La légitimité a dans le droit anglais un caractère restrictif qu'on ne rencontre dans aucune autre législation. C'est ainsi qu'on ne considère comme légitimes que les enfants issus d'une union antérieure régulière et que la loi ne reconnaît pas la légitimation par mariage subséquent.

Dans le livre II, relatif aux droits réels, M. Lehr a retracé de main de maître le régime de la propriété foncière. L'origine de cette propriété est toute féodale. La règle fondamentale de la loi anglaise est que toutes les terres appartiennent au roi qui seul en a le domaine direct. Par suite de ce principe, le possesseur des terres est réputé n'avoir qu'un droit dérivé, un fief mouvant soit directement de la couronne, soit d'un suzerain intermédiaire à titre de *freehold* (franc tènement) ou de *copyhold* (terre tenue en vertu d'une copie du registre d'une Cour seigneuriale). L'auteur analyse avec une remarquable précision les conditions organiques des diverses tenures, le *freehold* héréditaire avec fief simple et fief limité, le *freehold* non héréditaire avec les tènements viagers, *l'estate pur autre vie* dont la durée est subordonnée à l'existence d'une autre personne et *l'estate for life*, droit viager qui diffère de notre usufruit en ce que son possesseur ne joint pas seulement des fruits de l'immeuble, mais en a temporairement la pleine propriété. Après les *freeholds* se placent les droits immobiliers inférieurs, possessions à volonté et de simple tolérance, possessions à temps, baux à long terme. Les différentes espèces de *copyholds*, les droits afférents à leur possession, les modes d'aliénation de ces tenures font ensuite l'objet d'intéressants développements.

Digitized by Google

L'acquisition de la propriété s'opère par l'échette, sorte de droit de réversion, par l'occupation, l'accession immobilière, la prescription. Quant aux moyens de transmission, il est curieux de suivre l'évolution qu'ils ont accomplie pour s'adapter aux besoins et aux idées de la société moderne depuis la naissance de la forme féodale de l'investiture avec délivrance de la saisine. Tout d'abord on a substitué à cette investiture une formalité dite de *lease and release* par laquelle on transférait à l'acquéreur la possession légale au moyen d'un bail fictif. Mais depuis 1845 on a renoncé à cette fiction juridique ; un acte de concession *deed of grant* suffit pour conférer la propriété d'un immeuble.

La matière des biens possédés pour le compte d'autrui, *trusts* ou fidéicommis, présente d'autant plus d'intérêt qu'il n'y en a pas d'analogue dans notre droit. Cependant, faute d'espace, nous ne saurions nous y arrêter. D'autres réformes également s'imposent à l'attention, mais nous ne pouvons que les signaler en bloc. Ce sont les mesures qui dans ces derniers temps ont eu pour but de faciliter les ventes des terres grevées, de simplifier le transfert de la propriété immobilière et d'organiser un système de publicité de nature à assurer aux acquéreurs dans une certaine limite la sécurité qui leur faisait défaut. Les chapitres qui traitent du nantissement, du mort-gage, des meubles corporels considérés comme immeubles, de la propriété littéraire, artistique et industrielle sont des plus intéressants.

Le livre III, consacré au droit des obligations, diffère moins de nos idées juridiques que les deux livres précédents. Les conditions constitutives des obligations, les éléments dont elles se composent, les causes qui peuvent les faire annuler se rapprochent notablement de notre droit civil. Il n'en est pas de même de la manière de les prouver. En dehors des cas spéciaux où la loi exige un écrit ou tel autre moyen de preuve particulier, on peut établir par témoins l'existence de tout prêt d'argent, de toute convention relative à des effets mobiliers. Que nous sommes loin de l'article 1341 du Code civil français !

Nous passons avec le livre IV au droit des successions.

Ce qui domine cette matière, c'est le principe de la liberté illimitée de tester lequel par des progrès lents, mais continus, s'est

Digitized by Google

substitué au système restrictif qui primitivement formait la base du droit anglais. L'ouvrage expose d'abord les règles de la succession testamentaire, les principes concernant la capacité de disposer et de recevoir, les divers modes de confection et de révocation des testaments, l'homologation par laquelle le tribunal compétent reconnaît leur authenticité, les legs divers et l'interprétation des testaments. Puis l'auteur arrivant aux successions *ab intestat* résume avec sa netteté habituelle le système assez complexe de la législation anglaise. Il y a lieu de distinguer les fiefs simples et les fiefs substitués. Certaines règles sont communes à ces deux sortes de biens, d'autres sont particulières à chacune d'elles. On comprend qu'il nous est impossible d'entrer dans les détails pas plus que nous ne pouvons approfondir ce qui concerne les droits et obligations des héritiers, l'institution des exécuteurs testamentaires et la nomination des administrateurs de la succession qu'il appartient dans certain cas à la Haute Cour de désigner.

Cette notice bibliographique forcément incomplète ne donne assurément qu'une idée imparfaite du remarquable travail de M. Lehr et des qualités qui le caractérisent. Une grande sûreté de méthode, une exposition claire et logique permettent de suivre l'auteur dans ce dédale si compliqué du droit anglais sans cependant s'y égarer! Un style d'une élégante précision ajoute encore au mérite de l'ouvrage dont il rend la lecture agréable et pleine d'intérêt. H. PASCAUD.

PRIX DU COMTE ROSSI

(Concours de 1886).

En exécution du legs de Mme la comtesse Rossi, la Faculté de Droit de Paris met au concours les questions suivantes :

1° Législation civile.

Des enfants naturels.

La Faculté ne demande pas aux concurrents un commentaire de la loi positive ; elle les invite à rechercher, à la lumière de la morale, de l'histoire et des législations étrangères contempo-

Digitized by Google

raines, si les lois françaises sont susceptibles d'amélioration, aux points de vue notamment :

De la constatation de la filiation naturelle simple, adultérine, incestueuse ;

De l'organisation, relativement aux enfants naturels, de l'autorité paternelle et de la tutelle ;

Des rapports entre les enfants naturels et les parents de leurs pères et mères ;

Des droits de succession et de réserve des enfants naturels ; des droits de leurs pères et mères.

2° Droit constitutionnel.

De la liberté d'association, au point de vue du droit public, dans les temps modernes.

Les mémoires, écrits en français ou en latin, devront être déposés au Secrétariat de la Faculté, au plus tard le 31 mars 1886.

Toute personne est admise à concourir. Chaque concurrent écrira en tête de son mémoire deux devises : l'une en français, l'autre en latin ; il reproduira les mêmes devises sur l'enveloppe cachetée d'un billet qui contiendra ses nom, prénoms et adresse.

La valeur de chacun des prix est de deux mille francs.

Il pourra être accordé des mentions honorables aux mémoires qui auront le plus approché du prix.

Les noms des auteurs qui auront obtenu des mentions ne seront connus et publiés que sur leur demande.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. Pichon, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

(Année judiciaire 1884-1885),

Par M. E. Wallon, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Elections municipales. — Lorsque les résultats du premier tour de scrutin sont rectifiés par le juge du contentieux électoral, quelle influence cette rectification doit-elle avoir sur les opérations du second tour?

Elections sénatoriales.— Quand, par suite d'une erreur, un conseil municipal compte plus de membres qu'il ne devrait en comprendre eu égard au chiffre de la population municipale de la commune, le nombre des délégués sénatoriaux doit-il être fixé d'après l'effectif *légal* ou d'après l'effectif *réel* de ce conseil?

Elections sénatoriales. — Lorsque, dans une élection pour la nomination d'un délégué sénatorial, deux candidats ont obtenu, au premier ou au second tour de scrutin, un égal nombre de voix, doit-on proclamer élu le plus âgé des deux, ou bien y a-t-il lieu de procéder à un nouveau vote?

ÉLECTIONS MUNICIPALES.

Lorsque les résultats du premier tour de scrutin seront rectifiés par le juge du contentieux électoral, quelle influence cette rectification doit-elle avoir sur les opérations du second tour?

A la suite du renouvellement général des municipalités, en 1884, le Conseil d'État a été appelé à de nombreuses reprises à résoudre cette importante question. Nous allons examiner les divers aspects sous lesquels elle s'est présentée.

Les rectifications peuvent consister ou bien dans l'annulation, soit totale, soit partielle, des opérations du premier tour de scrutin, ou bien dans la proclamation d'un ou de plusieurs candidats en sus de ceux déclarés élus par le bureau au premier tour de scrutin. Reprenons successivement ces deux hypothèses.

Première hypothèse. — Le juge du contentieux électoral a annulé les opérations du premier tour de scrutin. Cette annulation peut être intégrale ou partielle.

Au premier cas, les opérations du deuxième tour sont nulles par voie de conséquence; cette annulation est de droit; elle est, en général, expressément prononcée par le Conseil d'État; mais,

Digitized by Google

alors même qu'elle ne serait pas expressément prononcée, elle n'en existerait pas moins.

Au second cas, c'est-à-dire au cas d'annulation partielle des élections du premier tour, les opérations du deuxième tour ne sont pas nécessairement annulées par voie de conséquence. C'est qu'en effet, ce ne sont pas, à proprement parler, les opérations électorales qui sont attaquées ; ce sont plutôt les élections de tels ou tels candidats à raison de ce qu'ils ne remplissaient pas les conditions requises pour être éligibles ou de ce qu'ils n'avaient pas obtenu la majorité. Les griefs invoqués ne sont pas des griefs généraux atteignant l'ensemble des opérations électorales, mais des griefs spéciaux aux candidats. Si donc les opérations du premier tour doivent être considérées comme maintenues malgré l'annulation de quelques élections, les opérations complémentaires du second tour ont leur raison d'être et il n'y a aucun motif pour les déclarer non avenues. Le seul effet de l'annulation partielle des opérations du premier tour sera de créer une ou plusieurs vacances dans le conseil municipal.

Sur ces deux points, la jurisprudence du Conseil d'État est depuis longtemps fixée. Parmi les arrêts les plus récents consacrant la dernière solution, nous nous bornerons à citer les suivants : Arr. 6 février 1885, Él. d'Olette, *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 145. — Arr. 27 février 1885, Él. de Mauzé, *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 242. — Arr. 13 mars 1885, Él. de Jazeneuil, *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 308.

Deuxième hypothèse. — Le juge du contentieux électoral a proclamé au premier tour un ou plusieurs candidats en sus de ceux déclarés élus par le bureau.

Une sous-distinction est nécessaire. Ou bien les candidats proclamés élus au premier tour par le juge du contentieux n'ont pas été élus au second tour ; ou bien, au contraire, ils ont été élus au second tour de scrutin.

(*a*) Les candidats proclamés élus au premier tour n'ont pas été élus au second tour. Ce résultat s'est produit dans plusieurs élections, notamment dans l'élection de Montcel. La commune de Moncel (Puy-de-Dôme), eu égard à sa population, a droit à douze conseillers municipaux. Au premier tour de scrutin, le 4 mai

Digitized by Google

1884, cinq candidats seulement furent déclarés élus par le bureau électoral. Aussi, les électeurs furent-ils convoqués pour élire, le dimanche suivant, sept conseillers municipaux. Le Conseil d'État a reconnu qu'il y avait lieu de proclamer élu au premier tour de scrutin le sieur Chausse. Or, celui-ci ne figurait pas parmi les sept conseillers élus au second tour. De telle sorte que, en ajoutant aux six candidats réellement nommés au premier tour, les sept du second tour, on obtenait le chiffre de treize conseillers, chiffre supérieur à celui auquel la commune de Montcel a légalement droit. Il fallait donc ramener le conseil municipal au nombre de douze membres. Pour atteindre ce but, on pouvait choisir entre deux procédés : annuler intégralement les opérations du second tour et recourir à de nouvelles élections, ou bien se borner à annuler l'élection du candidat ayant obtenu le moins de suffrages. Le Conseil d'État s'est prononcé, avec raison, d'après nous, dans le sens de l'annulation totale. Arr. 6 mars 1885, *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 277. Cette solution est celle qui respecte le plus la volonté des électeurs. Le nombre des suffrages obtenus au second tour n'est pas, en effet, un signe certain de l'ordre de préférence des candidats dans l'esprit des électeurs. Le résultat du second tour aurait pu être modifié si les habitants de la commune avaient été appelés à nommer six conseillers au lieu de sept. Ajoutons que, avec le système de l'annulation partielle, on en arriverait à cette conséquence tout à fait exorbitante, que le candidat dont l'élection serait annulée ne jouirait pas du droit d'appel aux électeurs, qui est cependant accordé dans tous les cas à ceux dont l'élection est annulée. La jurisprudence du Conseil d'État paraît, après quelques oscillations, définitivement fixée en ce sens. Arr. 30 janvier 1885, Él. de Singleyrac, *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 111. — Arr. 6 février 1885, Él. de Saulxures, *Recc. des arr. du Cons.*, 1885, 146. — Trois arr. 6 mars 1885, Él. de Soulièvres, Él. de Salles, Él. de Montjardin, *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 277. — Arr. 27 mars 1885, Él. de Mortagne, *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 367. De ces diverses décisions nous rapprocherons l'arrêt du 13 mai 1885, Él. de Saintes, *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 38, quoique l'espèce diffère quel-

Digitized by Google

que peu des précédentes. Sur les vingt-sept conseillers que doit comprendre le conseil municipal de Saintes, seize avaient été élus au premier tour de scrutin. Il fallait donc procéder à un second tour de scrutin pour la nomination de onze conseillers. Mais, dans l'intervalle des deux scrutins, une vacance s'étant produite par suite de la démission d'un des candidats élus au premier tour, les électeurs furent convoqués à l'effet d'élire au second tour douze conseillers municipaux. Le Conseil d'État considérant très justement qu'il ne pouvait pas être pourvu à cette vacance par l'opération complémentaire du second tour de scrutin a annulé l'ensemble des opérations du second tour.

On peut donc ainsi formuler la règle actuellement admise par le Conseil d'État : lorsque, au second tour, il est procédé pour n'importe quelle cause à l'élection d'un nombre de conseillers supérieur à celui qui devait légalement être élu, il y a lieu d'annuler l'ensemble des opérations du deuxième tour. Le Conseil d'État prononce l'annulation alors même que les candidats nommés en sus du nombre légal auraient donné leur démission. Cette circonstance ne saurait, en effet, avoir pour résultat de rendre régulière l'élection des autres candidats élus. Arr. 6 fév. 1885, Él. de Castelnaudary, *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 153.

(*b*) Les candidats proclamés élus au premier tour par le juge contentieux ont été élus au second tour. Telle est l'hypothèse des élections de Saint-Broing-les-Moines (Côte-d'Or). Le 11 mai 1884 un second tour de scrutin a eu lieu dans cette commune pour la nomination de trois conseillers municipaux. A ce second tour furent élus les sieurs Jacolliot, Deloix et Ménétrier. D'autre part, le juge du contentieux électoral a reconnu qu'il y avait lieu de proclamer élus au premier tour les sieurs Jacolliot et Deloix. Cette rectification devait-elle avoir une influence quelconque sur les opérations du second tour? Le Conseil d'État a répondu négativement : « Considérant, dit-il dans son arrêt du 6 mars 1885, que de ce qui précède il résulte que, par suite de la proclamation au premier tour de scrutin de deux des trois conseillers élus au second tour, le nombre des élus tant au premier tour de scrutin qu'au second ne dépasse pas le nombre des membres dont doit se composer légalement le conseil municipal;

Digitized by Google

que, dès lors, ladite proclamation ne doit pas entraîner par voie de conséquence, l'annulation de l'élection du sieur Ménétrier élu au second tour de scrutin...» (*Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 276). C'est la seule solution admissible. En effet, dans l'hypothèse, il n'était pas question de ramener le conseil municipal à son nombre légal, il n'y avait pas de choix à faire entre les candidats proclamés par le bureau. En fait, c'est comme si les opérations du deuxième tour avaient eu lieu pour l'élection d'un unique conseiller municipal.

Dans le même sens nous citerons l'arrêt rendu par le Conseil d'État à la date du 27 février 1885 dans une affaire identique. *Rec. des arr. du Cons.*, 1885. 242.

ÉLECTIONS SÉNATORIALES.

Quand, par suite d'une erreur, un conseil municipal compte plus de membres qu'il ne devrait en comprendre eu égard au chiffre de la population municipale de la commune, le nombre des délégués sénatoriaux doit-il être fixé d'après l'effectif *légal* ou d'après l'effectif *réel* de ce conseil ?

Cette question, intéressante autant au point de vue pratique qu'à raison de sa nouveauté, a donné lieu à trois arrêts du Conseil d'État rendus dans le même sens et à la même date, le 30 janvier 1885. (*Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 127).

Les espèces sur lesquelles sont intervenues ces décisions étant identiques, nous nous bornerons à examiner l'une d'elles, nos observations s'appliquant en tous points aux deux autres.

Le décret du 3 décembre 1881 a prescrit aux maires de faire procéder, avant l'expiration de l'année 1881, au dénombrement de la population de leurs communes. Aux termes de l'article 2 du même décret « ne doivent pas compter dans le chiffre de la population servant de base à l'assiette de l'impôt ou à l'application des lois d'organisation municipales les catégories suivantes : corps de troupes de terre et de mer, maisons centrales de force et de correction, maisons d'éducation correctionnelle, asiles d'aliénés, hospices, etc... ». D'après le recensement effectué le 18 décembre 1881, la commune d'Hérouville (Calvados) a une population totale de 511 habitants. Si de ce chiffre on retranche

Digitized by Google

les divers éléments qui, conformément à l'art. 2 du décret de 1881, ne doivent pas entrer en ligne de compte, la population municipale d'Hérouville se réduit à 475 habitants. Cette commune n'a donc droit, comme toutes les communes dont la population municipale est inférieure à 500 habitants, qu'à dix conseillers municipaux (art. 10, loi du 6 avril 1884).

Mais, par suite d'une erreur provenant de la confusion entre le chiffre de la population municipale et celui de la population totale, les électeurs de la commune d'Hérouville ont été convoqués, par arrêté préfectoral, à élire, le 4 mars 1884, douze conseillers municipaux.

Les opérations électorales ont eu lieu au jour fixé; aucune protestation ne s'est produite pendant les délais légaux; dès lors, le résultat du scrutin du 4 mai est devenu définitif.

En vue des élections sénatoriales du 25 janvier 1885, le conseil municipal d'Hérouville s'est réuni le 21 décembre 1884 et a élu deux délégués et un suppléant. Il a pensé que ce droit lui était conféré par l'art. 6 de la loi du 9 décembre 1884 aux termes duquel « les conseils composés de douze membres éliront deux délégués. »

A la requête du préfet, le conseil de préfecture du Calvados a rendu un arrêté annulant l'élection du 21 décembre, et cet arrêté a été confirmé par le Conseil d'État. »

Nous rechercherons tout d'abord si l'élection des deux délégués était ou non irrégulière. Et, en la supposant irrégulière, nous aurons à nous demander si l'annulation devait être intégrale ou si, au contraire, elle ne devait porter que sur l'élection de l'un des deux délégués.

Le Conseil d'État a dénié au conseil municipal d'Hérouville le droit d'élire deux délégués. « Considérant, est-il dit dans l'arrêt du 30 janvier 1885, que si, par suite d'une erreur, le dit conseil comprend actuellement douze membres, cette irrégularité ne saurait avoir pour effet de lui conférer le droit de désigner un nombre de délégués supérieur à celui que le conseil municipal légalement constitué serait autorisé à élire... » Le Conseil d'État est parti de cette idée que le conseil municipal d'Hérouville est irrégulièrement composé. Cette proposition nous paraît erronée.

Digitized by Google

Sans doute, ce conseil aurait dû, à raison de la population municipale de la commune, ne comprendre que dix membres; sans doute, le préfet ou les électeurs auraient pu, pendant les délais fixés par la loi, arguer de nullité les opérations électorales du 4 mai; mais, durant ces délais, personne ne proteste. Du moment qu'aucune réclamation ne s'est produite en temps voulu, l'irrégularité est couverte, le résultat des élections du 4 mai est devenu définitif, et, pendant toute la durée de son mandat, c'est-à-dire pendant quatre ans, le conseil devra compter douze conseillers. Nous pensons même que si, par suite de vacances survenues, il se trouvait réduit aux trois quarts de ses membres, le préfet devrait convoquer les électeurs à l'effet d'élire un nombre de conseillers suffisant pour que le chiffre de douze fût complété.

Remarquons toutefois que si l'administration jugeait utile de remédier à la composition irrégulière du susdit conseil municipal, elle ne serait pas désarmée. Elle n'aurait qu'à provoquer, conformément à l'art. 43 de la loi du 6 avril 1884, un décret de dissolution du président de la République et à faire procéder à la reélection d'une nouvelle assemblée ne comprenant cette fois que dix membres.

Mais en fait, l'administration n'a pas usé de ce droit. Donc c'est au nombre de douze membres que le conseil municipal d'Hérouville prend légalement ses délibérations, qu'il accomplit valablement tous les actes de la vie administrative communale. En conséquence, il n'a pas excédé la limite de ses pouvoirs, lorsque, dans la séance du 21 décembre 1884, il a élu deux délégués sénatoriaux. Décider autrement serait rendre impossible l'administration de la commune d'Hérouville pendant quatre années et ouvrir la porte à l'arbitraire. Si le préfet avait le droit de faire tomber la nomination des délégués sénatoriaux sous prétexte que le conseil municipal comprend un trop grand nombre de membres, il faudrait lui conférer également le droit d'attaquer pour le même motif toutes les délibérations de cette assemblée et de mettre son existence indéfiniment en question. Ne serait-ce pas la violation la plus flagrante de la disposition d'après laquelle la nullité doit être intentée dans des délais soigneusement déterminés par la loi de 1884? Ce n'est pas tout. Ce droit qu'on

Digitized by Google

reconnaîtrait au préfet, pourquoi ne pas l'accorder aux électeurs? Nous n'apercevons aucune raison de distinguer. Dès lors, s'il plaisait à un électeur d'attaquer une délibération quelconque du conseil municipal sous prétexte qu'elle aurait été prise par une assemblée de douze personnes qui légalement n'aurait pas dû en compter plus de dix, une pareille prétention devrait être admise à n'importe quelle époque. Le Conseil d'État n'oserait assurément aller jusque-là, et cependant telle serait la conséquence logique de son système.

Mais ici nous rencontrons une objection que nous ne devons pas passer sous silence, car, au premier abord, elle paraît décisive. Voici comment on peut la formuler. Un des principaux objets de la loi du 9 décembre 1884 a été de proportionner le nombre des délégués sénatoriaux à l'importance des communes. Celles dont la population est inférieure à 500 habitants n'ont droit qu'à un délégué, quel que soit d'ailleurs le nombre des membres de leurs conseils municipaux. Or, la commune d'Hérouville compte moins de 500 habitants, elle ne peut donc élire qu'un délégué. L'admettre à bénéficier de l'erreur qui lui a fait attribuer trop de conseillers pour avoir deux délégués au lieu d'un serait méconnaître complètement le but de la loi du 9 décembre 1884.

L'objection n'est pas concluante. D'après la loi du 2 août 1875, les conseils municipaux des grandes villes étaient placés, au point de vue de leur participation à l'élection des sénateurs, sur la même ligne que les conseils des communes les plus infimes. De nombreuses plaintes s'élevèrent des centres importants. Désireux de faire droit à ces plaintes fort légitimes, le législateur de 1884 a établi une proportion entre le nombre des délégués et le nombre des conseillers municipaux. D'autre part, d'après la loi du 6 avril 1884 le nombre des conseillers municipaux est proportionné au chiffre des habitants de la commune. De ces observations, il résulte que si le législateur de 1884 a tenu compte de la population pour l'attribution des délégués sénatoriaux, ce n'est que d'une manière indirecte, par voie de conséquence. Mais il est absolument inexact de soutenir qu'il ait pris cette population pour base de la nomination des délégués. Le doute ne paraît pas possible en présence de la rédaction défini-

Digitized by Google

tive de l'article 6 de la loi du 9 décembre 1884 et des discussions auxquelles son adoption a donné lieu. Dans l'article 6, l'expression *population* ne figure pas une seule fois. Le silence du texte est d'autant plus significatif que parmi les nombreux amendements présentés et rejetés, l'un d'eux proposait l'élection des délégués proportionnellement à la population.

Il est donc évident que pour savoir combien de délégués un conseil municipal a le droit de nommer, il suffit de rechercher de combien de membres se compose ce conseil. En conséquence, les deux délégués choisis par le conseil municipal d'Hérouville ont été régulièrement élus.

Nous arrivons à notre deuxième question, celle de savoir si, en supposant irrégulière l'élection des délégués, l'annulation devait être intégrale ou ne porter que sur l'élection de l'un des deux délégués.

Le Conseil d'État s'est prononcé pour l'annulation intégrale. Dans l'espèce, l'un des délégués, M. de Guercheville avait été élu au second tour de scrutin, et l'autre, M. Lange-Durand, au troisième tour. En outre, ce dernier avait obtenu une voix de moins. On avait donc pu soutenir que, M. de Guercheville étant le premier délégué sénatorial, son élection devait être maintenue. Le Conseil d'État n'a pas admis cette prétention. Il a étendu aux élections des délégués sénatoriaux sa jurisprudence en matière d'élections municipales. Nous avons eu l'occasion d'examiner cette jurisprudence et de montrer qu'elle est à l'abri de toute critique.

Vainement invoquerait-on dans le sens de l'annulation partielle une décision du Conseil d'État rendue à la même date, le 30 janvier 1885 dans l'élection de Pléaux (Cantal) *Rec. des arr. du Cons.*, 1885, 132. Dans cet arrêt, il est vrai, le Conseil d'État s'est contenté de casser l'élection des trois derniers délégués élus en surnombre. Mais cette décision s'explique par la considération suivante : le préfet s'était borné à réclamer l'annulation de l'élection de ces trois délégués. Le Conseil d'État n'a pas cru devoir aller au-delà des conclusions prises par le requérant.

Quant à l'élection du suppléant, elle devait subir le même sort que celle des deux délégués ; aussi le Conseil d'État a-t-il,

Digitized by Google

en l'annulant, fait preuve de logique. On objecterait en vain que les conseils municipaux de dix membres, aussi bien que ceux de douze membres, ont droit à un suppléant. Là n'est pas la question. Il s'agit uniquement de savoir si l'élection de deux délégués au lieu d'un a pu avoir une influence sur le choix du suppléant. L'affirmative nous paraît évidente. Il est, en effet, assez vraisemblable d'admettre que si M. Lange-Durand n'avait pas été le second délégué sénatorial, il eût été choisi comme suppléant.

ÉLECTIONS SÉNATORIALES.

Lorsque, dans une élection pour la nomination d'un délégué sénatorial, deux candidats ont obtenu, au premier ou au second tour de scrutin, un égal nombre de voix, doit-on proclamer élu le plus âgé des deux, ou bien y a-t-il lieu de procéder à un nouveau vote ?

Voici dans quelles circonstances la question s'est présentée. Le 21 décembre 1884, le conseil municipal de Nanterre avait à nommer neuf délégués pour l'élection d'un sénateur. Eu égard au nombre des conseillers présents à la séance, la majorité absolue était de dix voix. Dès le premier tour de scrutin huit candidats obtinrent un nombre de voix supérieur à ce chiffre, et deux autres, les sieurs Boquet et Gérard, en réunirent chacun dix. Le conseil municipal estima qu'il y avait lieu de procéder à un nouveau vote ; et, au second tour de scrutin, le plus jeune des deux candidats, le sieur Gérard, obtint plus de voix que son concurrent et fut élu. Sur la requête du préfet, le conseil de préfecture de la Seine a, par arrêté du 7 janvier 1885, annulé l'élection et proclamé le sieur Boquet élu en vertu du bénéfice de l'âge (Journ. *Le Droit*, 11 janvier 1885).

A l'appui de sa décision, le conseil de préfecture paraît avoir surtout argumenté de l'art. 2 de la loi organique du 2 août 1875 modifié par la loi du 9 décembre 1884, aux termes duquel « après deux tours de scrutin, la majorité relative suffit et, en cas d'égalité de suffrages, le plus âgé est élu. » L'argument n'est pas péremptoire, car ce texte se réfère à une hypothèse différente de celle sur laquelle le conseil avait à statuer. L'art. 2 vise uni-

Digitized by Google

quement le cas où, un troisième tour de scrutin étant nécessaire parce que la majorité absolue n'a été obtenue ni au premier ni au second tour, deux candidats réunissent, lors de ce troisième tour, un nombre égal de voix. Le législateur a pensé qu'il était inutile de procéder à un quatrième tour de scrutin qui eût peut-être été suivi d'un cinquième et d'un sixième, et il a proclamé élu au troisième tour le candidat le plus âgé. Mais s'ensuit-il que le bénéfice d'âge puisse être invoqué lorsque l'égalité de voix se produit au premier ou au second tour da scrutin ? La loi ne l'a pas dit. La conjonction *et* qui relie entre elles les deux dispositions de la même phrase prouve de la manière la plus évidente que la dernière disposition se réfère uniquement à la première. Si le législateur avait voulu étendre à l'ensemble de l'article la disposition relative au bénéfice d'âge, il aurait fait de cette disposition l'objet d'une phrase distincte. C'est ainsi qu'il a procédé dans l'art. 30 de la loi du 6 avril 1884 « Nul n'est élu au premier tour de scrutin s'il n'a réuni : 1° la majorité absolue ; 2° un nombre de suffrages égal au quart de celui des électeurs inscrits. Au deuxième tour de scrutin, l'élection a lieu à la majorité relative quel que soit le nombre des votants. Si plusieurs candidats obtiennent le même nombre de suffrages, l'élection est acquise au plus âgé. » On ne saurait donc tirer aucun argument de l'art. 2 de la loi du 2 août 1875.

La seconde considération présentée par le conseil de préfecture est puisée dans l'assimilation qui doit exister entre les élections des conseillers municipaux et celles des délégués sénatoriaux. Cette considération n'est pas, à notre avis, déterminante. En effet, les conditions dans lesquelles s'effectue le second tour de scrutin varient suivant qu'il s'agit de l'une on de l'autre de ces élections. Pour les élections municipales, le second tour de scrutin ne peut avoir lieu que le dimanche suivant ; pour les élections des délégués sénatoriaux, il est procédé au second et même au troisième tour de scrutin, le jour même, séance tenante. Ce n'est pas tout. En matière d'élections municipales, la majorité absolue n'est requise qu'au premier tour de scrutin ; au second tour, la majorité relative suffit. Au contraire, en matière d'élections de délégués sénatoriaux, la majorité absolue est nécessaire même au second

Digitized by Google

tour de scrutin ; au troisième tour seulement on se contente de la majorité relative.

Ces différences, qui s'expliquent d'ailleurs très aisément, prouvent donc qu'on ne saurait étendre aux élections des délégués sénatoriaux toutes les dispositions de la loi sur les élections municipales et notamment l'art. 30 de la loi du 6 avril 1884.

En résumé, nous rejetons, sans hésiter, les considérants de l'arrêté du conseil de préfecture. Ces considérants sont d'autant plus regrettables que la solution de l'arrêté nous paraît exacte et qu'il ne manquait pas de bonnes raisons pour la justifier.

Au premier tour de scrutin, les sieurs Boquet et Gérard avaient obtenu la majorité absolue; il était donc certain que le bénéfice de l'élection devait être assuré à l'un d'eux. Il s'agissait uniquement de trouver le moyen de choisir entre ces deux candidats. Il ne pouvait évidemment être question d'un second tour de scrutin, car ce second tour aurait pu favoriser un troisième candidat au détriment des sieurs Boquet et Gérard. En cas de nouveau tour de scrutin, rien n'oblige, en effet, les votants à limiter leurs voix aux noms qui ont réuni le plus de suffrages. Il fallait donc ou procéder à un scrutin de ballotage entre les deux candidats ayant obtenu l'égalité de voix ou s'en tenir au bénéfice d'âge. Le premier moyen était inadmissible; car on ne peut recourir à un scrutin de ballottage qu'en vertu d'un texte formel, texte qu'on chercherait inutilement dans les lois sur les élections sénatoriales. Donc la nomination par bénéfice d'âge était la seule solution acceptable.

Vainement objecte-t-on que l'art. 2 de la loi du 2 août 1875, en n'admettant le bénéfice d'âge qu'au troisième tour de scrutin l'a, par cela même, rejeté aux deux premiers tours. L'argument *a contrario* n'a de valeur qu'autant qu'il fait retour au droit commun. Or, quel est le droit commun en matière électorale ? C'est la nomination par bénéfice d'âge à égalité de voix. Par conséquent, l'argument *a contrario* qu'on voudrait tirer de la loi du 2 août 1875 irait directement à l'encontre du droit commun ; il est donc dépourvu de toute force probante. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a une lacune dans la loi. Cette lacune s'explique par la façon dont a procédé le législateur. Sous

Digitized by Google

l'empire de la loi du 2 août 1875 la difficulté que nous examinons ne pouvait pas se présenter; car, chaque conseil municipal n'élisant qu'un seul délégué et la majorité absolue étant requise aux deux premiers tours de scrutin, l'égalité de suffrages entre deux candidats n'était possible qu'au troisième tour. Dans la loi de 1884, le législateur a reproduit textuellement les expressions de la loi de 1875 sans s'apercevoir que l'ancien texte ne prévoyait pas la question que pouvait faire naître l'application de la nouvelle loi.

Quoi qu'il en soit, au juge appartient le soin de combler cette lacune, et il doit, pour cela, s'inspirer des principes généraux et de la jurisprudence admise en matière d'élections municipales.

Pour les raisons que nous venons d'exposer, nous adoptons donc entièrement la solution du conseil de préfecture de la Seine. Dans le même sens s'est prononcé le conseil de préfecture de la Dordogne à la date du 8 janvier 1885 (Journ. *Le Droit*, 12 et 13 janvier 1884). E. WALLON.

LE CONGRÈS INTERNATIONAL
DE DROIT COMMERCIAL D'ANVERS,

Par M. Alfred de Courcy.

On peut douter s'il y a lieu de poursuivre comme un but l'unification *des lois civiles* des diverses nations. Les traditions, les institutions, les mœurs diffèrent trop pour que les législations ne soient pas dissemblables. Dans chaque pays, les hommes d'État, les légistes et les publicistes qui travailleront au perfectionnement de la législation feront assurément d'utiles emprunts aux pays voisins. Des études de législation comparée ont un intérêt considérable. Lentement il s'opérera des réformes qui seront des rapprochements. Il en est de même des institutions politiques et des institutions militaires. Les nations sont imitatrices. Mais la poursuite directe d'un Code civil universel me semblerait aussi vaine que celle d'une langue universelle. Le but est si lointain qu'il en paraît chimérique.

Je trouve assez piquante l'observation que c'est en Angleterre, pays des traditions les plus jalouses et, si je l'ose dire, les plus

Digitized by Google

insulaires, que s'est formée, par une sorte de réaction, une association se proposant ce but d'unification des législations. Il y a là un groupe nombreux d'esprits distingués et de fort honnêtes gens qui s'amusent à convoquer successivement, dans diverses villes d'Europe, des congrès où l'on devise assez confusément en toutes les langues, et où il arrive que plus de la moitié de l'auditoire ne comprend pas un mot de ce que dit l'orateur. On s'entend mieux au banquet final. Point n'est besoin d'être polyglotte pour goûter les mérites du champagne cosmopolite, et l'on boit, d'un accord unanime, à l'avénement du code universel.

Je confesse que je suis l'un des membres obscurs, et peu actifs, de l'association. Malgré les appels qui me sont adressés, je m'abstiens d'aller écouter des discours prononcés dans les langues que je ne sais pas. Mais moyennant ma cotisation annuelle d'une livre sterling, j'ai l'honneur de participer, de loin, à ces grandes assises des futurs législateurs du monde.

L'effort est beaucoup plus pratique s'il se concentre, ce qui, en fait, a eu lieu d'ordinaire, sur la législation commerciale et maritime. Ici, en effet, les avantages de l'unification des coutumes frappent tous les yeux, et le but, dont nos aïeux s'étaient déjà rapprochés, n'apparaît pas dans un lointain trop chimérique. La lettre de change est une monnaie qui a cours partout, sans qu'on regarde à l'effigie, et le commerce maritime est essentiellement cosmopolite. Tous les pavillons se mêlent dans tous les ports. Le besoin d'unifier les lois est manifeste. Il ne semble pas que les traditions, les institutions ni les mœurs doivent opposer des obstacles insurmontables. Le besoin était si bien senti dès le moyen-âge que la force des choses avait établi une sorte de jurisprudence universelle sous le nom d'us et coutumes de la mer. Aujourd'hui les législations de Douvres et de Calais diffèrent certainement plus que ne différaient, il y a plusieurs siècles, celles de la Suède, des villes Hanséatiques, de la France, de l'Espagne, de l'Italie, des Échelles du Levant, alors que les tribunaux du Nord appliquaient les lois Rhodiennes, les jugements d'Oléron, plus tard l'Ordonnance de Colbert, alors que les jurisconsultes du Midi invoquaient l'autorité des Ordonnances suédoises de Wisby ou de celles de la Hanse teutonique.

Digitized by Google

Sans m'exagérer l'importance des résultats, j'applaudis donc à l'inspiration qu'a eue le gouvernement Belge, à l'occasion de l'Exposition d'Anvers, de convoquer dans cette ville un congrès international *de Droit commercial* qui s'est ouvert le 27 septembre dernier et s'est clos le 3 octobre. L'un des intérêts de la réunion a été d'y voir figurer des délégués du Japon, dont l'un, en français, et en excellents termes, a rendu hommage à la science européenne en annonçant qu'un Code de commerce est en élaboration dans son pays. La France était représentée par plusieurs jurisconsultes distingués, et notre éminent collaborateur, M. Ch. Lyon-Caen, a pris une part considérable aux discussions. Empêché de me rendre à une courtoise et flatteuse invitation, j'avais voulu témoigner de mes sympathies en dédiant au congrès un mémoire sur une des questions qui devaient être traitées : *l'exagération des valeurs assurées.*

Le congrès s'était divisé en deux sections, dont l'une discutait la lettre de change et l'autre le droit maritime. Je ne parlerai ici que du droit maritime, qui m'est plus familier. Les bornes d'un article ne me permettraient pas d'examiner successivement 44 solutions, votées, en si peu de temps, sur des questions souvent controversées. Il y a eu là une précipitation inévitable qui a dû amener quelques imperfections. L'ensemble est certainement judicieux et forme un document qui sera consulté avec fruit. J'indiquerai les solutions principales, et celles sur lesquelles j'aurai à présenter des réserves.

J'ai obtenu presque entièrement satisfaction sur la question qui était l'objet de mon mémoire. Que l'assurance soit un contrat d'*indemnité* et ne doive jamais procurer un bénéfice à l'assuré, c'est un principe que tous les jurisconsultes sont unanimes à proclamer. Malheureusement, la plupart des législations le violent par un respect excessif de la convention de *la valeur agréée*, et les usages commerciaux conduisent trop souvent à cette violation d'un principe d'ordre public. Au moyen de l'exagération de la valeur agréée, valeur que l'assureur est hors d'état de contrôler, l'assuré obtient un bénéfice en cas de perte. Il est intéressé à la perte des choses, ce qui est le désordre, ce qui devient la cause des incuries, sinon des crimes. La solution n° 27

Digitized by Google

apporte le remède. Elle affirme d'abord le principe que l'assurance est un contrat d'indemnité, ce qui n'était dans aucun texte. Elle ajoute que *nonobstant toute stipulation contraire et même en l'absence de fraude*, ce qui est la disposition efficace, l'assureur peut contester la valeur attribuée à l'objet assuré par le contrat, s'il prouve qu'elle est exagérée. Elle met la preuve à la charge de l'assureur. Rien de plus juste. Seulement, elle rapporte l'exagération à la valeur qu'avait l'objet au lieu et au moment *du départ*. Il y a ici une irréflexion et une idée fausse. Qu'importe le jour fortuit *du départ*, lequel n'est pas même celui du chargement, et est moins encore celui des achats ?

Si j'attends de Java des sucres *partis* il y a deux mois par un navire à voiles, et les fais assurer aujourd'hui, ils ont été chargés depuis trois ou quatre mois, achetés depuis six mois peut-être ou davantage. Peut-être je les ai achetés aujourd'hui même, au cours actuel qu'ont les sucres en France et non pas certes au cours qu'ils avaient à Java il y a deux mois. J'ai le droit d'ignorer la date précise *du départ*, et d'ignorer ce que valaient à cette date les sucres à Java. La date effective *du départ*, qui a pu être retardé par des vents contraires, par les lenteurs du chargement, par une maladie du capitaine, par des fêtes locales etc., ne correspond à aucune idée commerciale. Voilà un exemple, j'en ai noté plusieurs, des erreurs de rédaction où tombent des jurisconsultes, par une connaissance insuffisante de la pratique des choses. La date *du départ* n'a aucune signification. Il fallait écrire : au lieu et au jour *du contrat*. C'est la seule idée juste, et la seule idée juridique. L'intention abusive d'exagérer la valeur assurée ne se manifeste qu'au jour du contrat. Je n'aperçois pas le moindre abus à ce que je fasse assurer mon chargement de sucres cinq cent mille francs s'il vaut *aujourd'hui* cette somme, eût-il valu deux cent mille francs de moins, à Java, deux mois plus tôt.

La disposition n'a pas été votée au congrès d'Anvers sans une vive résistance des partisans à outrance de la valeur agréée. Ceux-ci, en s'obstinant, ont eu la satisfaction d'obtenir un petit succès, dans un retour offensif d'arrière-garde. Ils ont réussi à faire voter que « l'assureur du navire assuré *au voyage ou à* « *terme*..... ne peut contester la valeur assurée à raison d'une

Digitized by Google

« dépréciation survenue *en cours de voyage.* » Le mot de *terme* n'étant pas répété, le paragraphe manque de symétrie et il est assez difficile de le comprendre. Voici le litige à prévoir. Un navire assuré *à terme* l'est d'ordinaire pour une année de navigation, avec des prolongations éventuelles, parfois jusqu'à son retour dans son port d'armement, ce qui peut durer deux ans et davantage. J'ai connu d'ailleurs des assurances pour trois ans, pour cinq ans de navigation. Pendant un laps aussi long, le navire accomplit un très grand nombre de voyages, en gagnant un grand nombre de frets. Il s'use, il se déprécie, sa valeur peut être notablement diminuée vers la fin *du terme.* Il ne s'agit donc aucunement d'une assurance *au voyage* ni d'une dépréciation survenue *en cours de voyage.* L'assureur ne sera-t-il pas admis à prouver que la valeur agréée du navire neuf ou nouvellement réparé a été diminuée par le temps et l'usage ? Le paragraphe semble bien refuser de l'admettre à cette preuve. Qu'on y prenne garde. C'est la négation du principe proclamé que l'assurance est un contrat *d'indemnité.* L'armateur gagnera certainement en recevant, pour un navire *déprécié,* la valeur agréée d'un navire neuf.

Le paragraphe est donc regrettable. Si l'on ne voulait pas prévoir expressément cette conséquence logique du principe, il était plus à propos de ne rien dire et de laisser les tribunaux juges des conséquences à en tirer.

Le congrès constate très judicieusement, par la solution n° 37, que l'ancien prêt à la grosse, celui qui se faisait *au propriétaire* du navire ou des marchandises, étant tombé en désuétude, *il n'y a plus de motif* de le réglementer légalement. La loi ne doit s'occuper que du prêt fait au capitaine en cours de voyage. J'en suis pleinement d'accord. Par la plus étrange distraction, le congrès vote immédiatement, *sans motif,* trois solutions s'appliquant à cette opération tombée en désuétude. Il n'y aurait pas le plus léger inconvénient à supprimer ces trois solutions inutiles, n°s 38, 39 et 40, en abrégeant d'autant l'œuvre du congrès.

Je proposerais volontiers d'autres suppressions, notamment en ce qui se rapporte aux avaries communes et aux conditions des assurances maritimes. Les législes qui font de la doctrine savante

Digitized by Google

sur ces matières oublient trop qu'elles sont du domaine de la plus libre convention, dans les seules limites des considérations d'ordre public et de morale. Ainsi on a écrit des volumes et des dissertations sans fin sur les avaries communes et leurs caractères constitutifs. Il semble bien souvent qu'on n'a pas lu l'article 398 du Code de commerce portant : « *A défaut de conventions spéciales* « entre toutes les parties, les avaries sont réglées conformément « aux dispositions ci-après. » La convention spéciale peut donc renverser à son gré tous les échafaudages de doctrines.

En fait, la convention spéciale entre toutes les parties est rare pour les avaries communes, mais elle a toujours lieu pour les assurances maritimes, ce qui diminue considérablement l'importance de l'œuvre du législateur. C'est la convention, non la loi, que devra interpréter la jurisprudence.

Ainsi les assureurs déterminent, comme ils l'entendent, les cas de délaissement dans leurs polices. Le congrès d'Anvers s'avise de déclarer, solution n° 38, que « Le droit de délaisser, consacré « par l'usage, doit être maintenu... en cas de perte totale de la « chose assurée, *mais non en cas de perte aux trois quarts*... Les « parties *restent libres* de stipuler *d'autres cas* de délaissement. »

Je lis et relis à plusieurs fois. En vérité, qu'est-ce à dire? Les parties *restent libres* de stipuler *d'autres* cas de délaissement. *Autres*, apparemment, que la perte aux trois quarts, laquelle, vient-on de déclarer, *ne doit pas être maintenue*. Si je ne me trompe, c'est, grammaticalement, ce que cela signifie, et je ne découvre aucun autre sens. Il sera donc interdit de stipuler que la perte aux trois quarts est un cas de délaissement. Les doctes membres du congrès d'Anvers y ont-ils bien songé? Ont-ils eu vraiment l'intention de prohiber cette stipulation, consacrée, celle-là, par un usage universel, consacrée par notre Code de commerce et par presque toutes les législations? Je les supplierais d'indiquer un motif. Je désespère de deviner quelles raisons d'ordre public ou de morale limiteraient, sur ce point, la liberté des conventions, et pourquoi il deviendrait prohibé de stipuler le droit au délaissement en cas de perte aux trois quarts, ou même en cas de perte de moitié, s'il en prenait fantaisie aux assureurs.

Non, la liberté des conventions est entière, la solution n° 36

Digitized by Google

est irréfléchie et ne mérite encore que d'être supprimée.

Je ne critiquerai pas, en elles-mêmes, les solutions nos 32, 33, 34 et 35. Elles sont judicieuses. Il est peu utile de les mettre dans la loi. La convention et la jurisprudence suffiraient.

Diffuse, critiquable, réservant d'ailleurs la convention contraire, la solution no 31 est à supprimer. On ne rencontrera pas cet assureur impatient de payer la totalité de la somme assurée dès qu'il aura connaissance du sinistre, par le télégraphe sans doute, car on connaît aujourd'hui tous les sinistres par le télégraphe, et n'attendant pas les pièces justificatives, afin d'être dispensé de payer des frais de sauvetage ou d'expertise. C'est de l'hypothèse chimérique.

Les solutions nos 28, 29 et 30 sont judicieuses, et il serait utile de les mettre dans la loi, pourquoi? Parce qu'il y a des tiers intéressés au contrat sans y avoir été parties contractantes. La liberté des conventions ne suffit donc pas. Voici déjà vingt ans écoulés depuis que je m'honore d'avoir proposé à la Commission de 1865, pour trancher une difficulté grave née de ce qu'on appelle l'ordre des dates des diverses polices, la solution admise déjà par le Code allemand, et qui porte le no 30 dans l'œuvre du congrès d'Anvers. Il était injuste et intolérable d'opposer l'ordre des dates au véritable propriétaire des choses assurées, lorsque la police antérieure avait été faite sans mandat. La solution no 30 explique très bien que l'ordre des dates est seulement applicable « aux assurances multiples faites sans fraude et contre les mêmes « risques par les mêmes intéressés, agissant en personne ou par « mandataire. »

J'estime au surplus qu'une saine jurisprudence devrait le décider ainsi, même sous l'empire du texte de l'art. 359 de notre Code de commerce.

Si je passe aux avaries communes, j'aurai à reproduire mes observations sur des recherches intempestives de doctrines. Que de dissertations, disais-je plus haut, l'on a entassées sur l'avarie commune ! L'un veut que les principes en soient cherchés en dehors de l'équité naturelle, ce qui me paraît assez risqué. L'un exige *la nécessité* du sacrifice en même temps que l'acte *volontaire*, sans réfléchir que ce sont deux

Digitized by Google

idées qui s'excluent, et qu'un acte cesse d'être volontaire, s'il est nécessaire. L'un exige une délibération préalable des principaux de l'équipage, en même temps qu'un péril à éviter, et un péril *imminent*. Encore deux idées qui s'excluent. Si le péril est *imminent*, on n'a pas le loisir d'assembler l'équipage autour d'une table pour délibérer, avec un scrutateur recueillant les voix, et un secrétaire dressant le procès-verbal motivé. Et puis, si un coup de mer a emporté l'équipage, le capitaine resté seul avec le mousse ne pourra donc plus, suivant ces docteurs, sauver le navire et la cargaison par une manœuvre suprême, parce qu'il n'aura personne avec qui délibérer? Ou devra-t-il délibérer avec le mousse?

Un autre docteur enseigne que le péril peut n'être pas *imminent*, mais il lui faut absolument un péril. Sans cela, quelques mesures qui soient prises dans l'intérêt commun, elles ne seront pas des avaries communes. Un autre distingue le jet régulier du jet irrégulier, par des subtilités sophistiques. Le jet *irrégulier* sera celui qu'on aura fait au moment du plus grand péril, celui qui aura le plus incontestablement sauvé le navire, parce que la délibération lui aura manqué. Un vieux praticien de Gênes, Targa, raconte plaisamment que, pendant soixante ans, il n'a connu que quatre ou cinq exemples de jet *régulier*, lesquels furent suspects de fraude, *parce que les formalités avaient été trop bien observées*. Voilà les garanties du formalisme.

Un autre docteur, remarquant qu'on dit *le salut commun*, découvre que le sacrifice doit avoir sauvé le navire et la cargaison à la fois, sinon ce ne sera pas *le salut commun*. En conséquence le capitaine qui aura jeté à la mer sa cargaison entière pour sauver son navire ne contribuera pas à la perte de la cargaison. Celui qui aura sacrifié son navire pour sauver la cargaison n'aura contre la cargaison qu'il a sauvée aucun recours en contribution pour la perte de son navire.

Enfin, un dernier docteur, si c'est le dernier, et celui-ci a malheureusement trouvé crédit auprès de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, invente que l'acte le plus caractérisé de sacrifice volontaire ayant sauvé le navire et la moitié de la cargaison cesse de produire l'avarie commune lorsque le péril conjuré était né *d'une faute*. Le propriétaire de la moitié de

Digitized by Google

la cargaison qui a été sacrifiée n'a de recours que contre *l'auteur de la faute*, lequel est d'ordinaire insolvable [1].

Je dirai à la louange des membres du congrès d'Anvers que de toutes ces subtilités d'école ils n'ont retenu qu'une seule. C'est encore trop. La solution n° 21, après avoir assez bien défini l'avarie commune, porte : « Il ne suffit pas que la dépense « ou le sacrifice soit dicté par un intérêt commun quelconque ; « le but de cette mesure d'intérêt commun *doit être d'échapper* « *à un danger*, sans que l'imminence du danger soit requise. »

Ainsi, le sentiment *d'un danger*, ce danger fût-il faible, éloigné, sera nécessaire. Une dépense de 10,000 francs qui aura épargné au navire et à la cargaison 200,000 francs de dépenses prévues, cette dépense si intelligente, si opportune, si utile, méritant au capitaine qui l'a ordonnée les témoignages de la plus vive reconnaissance de la part des intérêts communs qu'il a servis, ne sera pas une avarie commune, si le capitaine n'était pas en présence d'un péril. De grâce que sera-t-elle donc, et qui la supportera? Le capitaine qui l'a ordonnée, en épargnant 190,000 francs aux intérêts communs? Il ne sera pas tenté de recommencer.

Rien ne me serait plus facile que de disputer sur les mots. Est-ce que la perspective de 200,000 francs de dépenses auxquelles on va être obligé, si le capitaine ne prend pas résolument une mesure opportune, n'est pas *un danger?* N'est-ce pas *échapper à un danger* que d'épargner cette énorme dépense, au moyen d'une mesure intelligente, telle qu'un remorquage qui coûtera 10,000 francs? N'est-ce pas un acte de préservation commune des intérêts confiés au capitaine, et l'idée de préservation commune diffère-t-elle beaucoup, devant le bon sens, de celle de salut commun?

N'y a-t-il pas, pour des marchandises, un autre *danger* à séjourner longtemps dans un port de relâche, un danger de

[1] J'ai déjà combattu cette opinion dans la *Revue critique*, 1883, p. 659 et dans les *Questions de droit maritime*, (3e série), p. 181 et suiv. Elle a été également repoussée par M. Ch. Lyon-Caen, *Journal du Palais*, 1882, p. 1028 et suiv. V. aussi Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, II, n° 1957.

Digitized by Google

détérioration, d'incendie et d'avarie, le port fût-il parfaitement sûr et à l'abri des périls de la mer? Propriétaire des marchandises, n'échappé-je pas à *ce danger*, au moyen de la dépense de 10,000 francs de remorquage?

Certes, je remercierai le capitaine, et je n'essaierai pas de rejeter la dépense à son compte, en contestant un règlement de contribution. Je craindrais d'outrager la justice et la morale par mon ingratitude. Je ne craindrai pas d'offenser la langue en disant que la mesure a été *salutaire*. Je suis d'avis que des intérêts *sauvegardés* ressemblent bien à des intérêts *sauvés*. Je n'écouterai pas le juriste qui me rappellera le texte voté à Anvers [1].

Quelle a donc pu être la pensée des membres du congrès? Ils n'étaient gênés par aucun texte, puisqu'ils proposaient des textes nouveaux. Dans leur judicieux bon sens, ils ont su faire litière des autres arguties. Ils ont effacé le mensonge de la délibération des gens de l'équipage. Ils ont expressément écarté l'exception, nouvellement inventée, de la faute initiale. Ils ont dit avec raison que, pourvu qu'un résultat utile soit obtenu, il n'est pas nécessaire que le navire et la cargaison soient sauvés tous les deux. Ils ont écarté l'*imminence* du péril. Je n'ai que des éloges pour ces décisions. Pourquoi se sont-ils attardés à exiger *un danger* auquel on échappe, quand il est manifeste, et je dirai *de sens commun*, que *l'intérêt commun préservé* suffit à légitimer l'équitable répartition de l'*avarie commune?*

Je ne me l'explique que par la puissance des préjugés et des traditions d'école. Presque tous les auteurs, en effet, pas tous, ont parlé d'échapper à un péril.

Je suis plus indépendant de ces préjugés, parce que je suis plus près de la pratique des choses. Sous l'empire de notre Code de commerce, je pourrais être gêné par le texte. Je ne le suis même pas. La disposition finale et générale de l'article 400 ne porte pas seulement : *pour le salut commun*. Elle dit : *pour le bien et salut commun*. A la vérité, on me fait observer que la

[1] J'ai déjà défendu dans les *Questions de droit maritime* (1re série), p. 243 et 244, ces idées auxquelles ont adhéré MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, II, n° 1953.

Digitized by Google

particule *et* est copulative et non alternative, et que c'est moi qui avais obtenu de la Commission de 1865 d'écrire : pour le bien *ou* salut commun. Oui, j'avais proposé cette correction, en même temps que celle d'autres vices de rédaction du texte, et les jurisconsultes éminents qui m'entouraient y avaient consenti. Dans ma pensée, ce n'était qu'une correction. Si *le bien commun* procuré n'avait pas suffi par lui-même pour caractériser l'avarie commune, pourquoi l'introduction inutile de ce mot? Le *salut commun* aurait suffi.

Je n'ai pas besoin de rappeler ce que je disais tout à l'heure, que la préservation d'intérêts communs ressemble singulièrement au salut commun. J'accorderai, si l'on veut, que l'idée de salut correspond à celle d'un péril. Mais je prie de le remarquer, dans cette même disposition finale de l'article 400 il y a deux choses visées: *les dommages soufferts volontairement*, qui sont les sacrifices, les actes, et *les dépenses*. Si les sacrifices se rapportent à l'idée de péril à conjurer ou de salut commun, *les dépenses* se rapportent à l'idée de *bien commun*. Il est très rare que *les dépenses* soient faites en vue d'un péril actuel, car le péril éclate en mer, et ce n'est pas en mer qu'on fait des dépenses. La symétrie amène donc la corretion de rédaction que j'avais obtenue.

J'ai les mains pleines de règlements d'avaries communes. J'en vois pour ainsi dire tous les jours. J'avertis les jurisconsultes que les arbitres classent sans cesse en avaries communes *des dépenses d'intérêt commun* qui n'ont été faites en vue d'aucun péril actuel à conjurer.

Je reprends l'exemple du remorquage. Il est un des plus frappants, il est très fréquent, et ne pouvait être prévu par le Code de commerce, antérieur à la navigation à vapeur. Au lieu de chercher des hypothèses, je cite un fait d'hier. Le grand bateau à vapeur *Château-Léoville* est parti en octobre dernier de New-York pour Bordeaux. Il a éprouvé en mer dans son mécanisme un accident grave. Il a pu gagner le port du Ferrol, en Espagne. Il était là en parfaite sûreté. Ni le navire ni la cargaison ne couraient aucun danger, sinon ceux que je signalais, des énormes dépenses et des détériorations. Le capitaine délibère, non pas certes avec les gens de son équipage, mais avec ses armateurs à

Digitized by Google

Bordeaux. On converse par le télégraphe, que ne soupçonnait pas davantage le Code de commerce. A Bordeaux, nouvelle délibération entre les armateurs, les destinataires de la cargaison, et les assureurs. Il est reconnu que les réparations au Ferrol seraient ou impossibles ou extrêmement lentes et dispendieuses.

L'intérêt commun, le bien commun, est manifestement d'envoyer d'autres vapeurs prendre le *Château-Léoville* à la remorque et le conduire à Bordeaux. Par là on épargnera d'énormes dépenses, en même temps que des retards très préjudiciables. Ainsi fait-on. Deux remorqueurs affrétés en Angleterre sont allés chercher le *Château-Léoville,* qu'ils ont heureusement conduit à Bordeaux, avec sa cargaison et son équipage. Les intérêts communs ont été certainement *sauvegardés,* sinon *sauvés.* Pour une dépense volontaire d'environ 25,000 francs, on a peut-être évité 300,000 francs de dépenses. Mais il n'y avait pas à conjurer le moindre *péril,* au sens où l'entendent les juristes. Tout au contraire, on exposait le navire à un péril, une navigation à la remorque, et pendant l'hiver, présentant certains dangers. Les secousses des vagues, quand survient une tempête, cassent souvent les remorques. Ce péril a été bravé. Le résultat utile a été obtenu.

J'avertis encore les jurisconsultes que la dépense de 25,000 francs, faite dans un intérêt commun, pour le bien commun, quoique non pour échapper à un péril quelconque, va être classée en avaries communes, et qu'il n'y a pas en France, ni au monde, un praticien ou répartiteur de quelque expérience qui hésitât à la classer ainsi.

Et cependant, d'après la loi française, le *Château-Léoville* ne contribuera que pour la moitié de sa valeur. Cette faveur, faite aux armements, est la cause de l'âpreté particulière qu'ont en France les prétentions des armateurs en matière d'avaries communes, peut-être aussi l'excuse des subtilités de doctrine et de formalisme où se complaisent nos vieux auteurs. Supposez la faveur supprimée, ce qui est le vœu de tous les bons esprits et celui du congrès d'Anvers, il ne reste même plus, devant la contribution proportionnelle de tous les intérêts préservés, de prétexte à la subtilité des distinctions. — Vous êtes mis par une

Digitized by Google

loi spéciale en dehors du droit commun, dit à l'armateur le légiste français, vous réclamez un privilège, justifiez que vous en remplissez toutes les conditions rigoureuses. Les privilèges sont de droit strict, et ne s'étendent pas par voie d'interprétation. — L'argument ne m'ébranle pas; il faut toujours interpréter les textes mal rédigés, et ce n'est pas ma faute si les textes équivoques de l'avarie commune donnent lieu à tant de controverses. J'interprète donc le texte, que je corrige par l'intention. Le but de la faveur a été d'exciter le capitaine à être prompt et résolu dans l'initiative des mesures de préservation. Comme je l'ai dit ailleurs, c'est à la fois une récompense et un stimulant. Or, ce qui est fait pour le bien commun, pour épargner une énorme dépense, mérite autant d'être encouragé que ce qui est fait pour échapper à un danger.

Toutefois, sous le régime de la faveur et du privilège, je comprendrais les doutes, sans en être personnellement troublé. Le congrès d'Anvers propose de supprimer le privilège. Il n'y a plus aucun motif de s'attacher à l'idée d'un danger imminent ou non imminent. Le bien commun procuré est l'idée juste, et, de grâce, qu'on n'oblige pas les tribunaux à des arguties de distinctions entre les intérêts sauvés et les intérêts sauvegardés.

Si je dirigeais une maison d'armements, je m'amuserais à couper court, d'un trait de plume, à toutes ces logomachies. Sur mes chartes-parties et mes connaissements, j'écrirais : « La « disposition finale de l'article 400 du Code de commerce sera « entendue comme si elle portait : *Pour le bien* ou *pour le salut* « *commun.* » Il n'y a pas au monde un chargeur qui songeât à réclamer.

J'ai d'excellentes raisons d'applaudir à la solution n° 18, relative au fret qui peut être dû au navire naufragé ou atteint d'innavigabilité. Elle est conforme à celle que j'avais obtenue de la Commission de 1865, (art. 298 du Projet). Elle ferait cesser les anomalies, souvent très injustes, de ce qu'on appelle en France le fret de distance.

Je regrette que le Congrès ait, par sa solution n° 19, reproduit

Digitized by Google

dans sa formule absolue, et en l'aggravant, la disposition de notre article 310 du Code de commerce, en disant « le fret entier des « marchandises arrivées à destination est dû *quel que soit leur « état* et le chargeur ne peut se libérer par leur abandon. » Le Congrès efface même l'exception assez bizarre des futailles vides de l'article 310, ce dont je ne me plaindrai pas amèrement, laissant la doléance aux marchands de vin. Mais je me plaindrai de l'absolu de la formule, qui conduit parfois aux iniquités les plus révoltantes. Je prie de remarquer qu'elle n'excepte pas le naufrage. On vient de dire, par la solution n° 18, qu'il n'est dû *aucun fret* pour les marchandises qui, après naufrage, ne seront pas parvenues à destination. Elles peuvent cependant avoir conservé une valeur considérable. Voici que *le fret entier* est dû, *quel que soit l'état des marchandises*, par conséquent fussent-elles sans valeur aucune, pourvu qu'elles arrivent à destination. Examinons les conséquences de ces deux dispositions absolues.

Le naufrage peut avoir lieu très près du port de destination, et dans le port même. On connaît l'adage, trop souvent vérifié : faire naufrage au port. Un navire part de l'Inde pour Dunkerque avec un chargement de graines d'une valeur de 300,000 francs, transporté au fret de 40,000 francs. Il fait naufrage devant Calais. La graine est sauvée mouillée, valant encore une centaine de mille francs. *Il n'est dû aucun fret.* La graine n'est pas parvenue à destination (solution n° 18).

Mais le navire fait naufrage en entrant à Dunkerque, ce qui est assez fréquent. Il coule, il est submergé. La graine ne peut être retirée que plusieurs jours après. Elle est en putréfaction, elle exhale des odeurs fétides et la police en ordonne la destruction pour cause de salubrité. Elle ne vaut *rien*. Comme elle est arrivée à destination, *le fret entier est dû* (solution n° 19). Le chargeur sera condamné à payer 40,000 francs pour le transport de cette pourriture. Est-ce juste ?

J'ai connu d'autres iniquités, telles que l'intolérable prétention, malheureusement admise par plusieurs décisions judiciaires en France, de ne pas faire contribuer le fret aux dépenses de sauvetage. Et puis, il y a souvent lieu à une distinction, qui a échappé au législateur, entre *l'affréteur* et le simple *chargeur*.

Digitized by Google

Ce n'est pas du tout la même chose. L'affréteur a un contrat *de location* du navire, une charte-partie dont il a débattu à loisir les libres conditions. Le simple chargeur n'a qu'un contrat de transport. Il n'est pas le locataire du navire, dont très souvent il ignore jusqu'au nom. Il remet la marchandise à un bureau d'expédition où on lui promet de la transporter à tel prix, comme je remets un colis au bureau du chemin de fer. Suis-je locataire du wagon qui le transportera ? Est-il juste que je paie le prix entier du transport, si la marchandise arrive sans valeur aucune, brisée ou pourrie par un accident du transport?

Il y a là des questions délicates et difficiles, des questions d'espèce, de droit commun, d'interprétation des conventions. J'ajoute que le destinataire, quand il n'est pas l'affréteur par charte-partie, n'est lié par aucune obligation personnelle. Il n'est pas *le chargeur*. Il refuse de prendre livraison de la marchandise sans valeur et d'en payer le fret. Quelle action a contre lui le capitaine ? Valin nous raconte que, déjà de son temps, on échappait, par *l'expédient* du refus de prendre livraison, à l'obligation de payer le fret sur la marchandise sans valeur. On éludait ainsi la disposition de l'Ordonnance qu'a reproduite notre article 310. Contrairement au texte, on *abandonnait* la marchandise pour le fret. Et Valin dit dans son bon sens : « Si le propriétaire n'avait pas la faculté d'abandon-« ner ces marchandises pour se dispenser d'en payer le fret, sa « condition serait plus fâcheuse et plus dure que si tout eût péri « sans ressource, et *c'est ce que l'équité naturelle ne permet pas « de goûter.* »

J'étonnerai les juristes en disant que, brisant avec toutes les traditions, je proposerais une décision absolument contraire à celle du Congrès. Je dirais volontiers : « Le chargeur peut *tou-« jours* abandonner la marchandise pour le fret. » Comme l'armateur a le droit d'exiger le paiement d'avance, et sans répétibilité, d'une partie du fret, même du fret entier — et l'on sait s'il se gêne d'user de ce droit, — je ne verrais en vérité aucun inconvénient à cette disposition.

Le congrès d'Anvers n'avait certainement pas le loisir d'approfondir ces délicates questions. Il eût sagement fait d'éviter d'affir-

Digitized by Google

mer une fois de plus un principe que l'équité naturelle oblige à éluder dans la pratique commerciale.

J'applaudis encore à quelques solutions relatives à l'abordage, à l'assistance et au sauvetage. Elles se rapprochent beaucoup de celles que j'ai proposées, je dois donc les déclarer sages. Faute de temps, sans doute, elles sont très incomplètes, surtout en ce qui concerne l'abordage. Le Congrès est muet sur la question la plus importante qui concerne l'abordage, celle des délais et des fins de non-recevoir. La jurisprudence française, interprétant mal, à mon avis, les articles 435 et 436 du Code de commerce, a pour les intérêts français, et pour la justice, des conséquences déplorables. Tandis qu'en Angleterre la réclamation est toujours recevable, en France tous les intérêts, même ceux des chargeurs, sont à la merci des diligences d'un capitaine ignorant ou affolé, qui aura ou qui n'aura pas signifié des protestations dans les vingt-quatre heures. J'avais signalé ce désordre à la Commission de 1865. Nous avions proposé d'y remédier par la rédaction suivante : « Sont non recevables toutes actions en indemnité pour « faits d'abordage, si la demande n'est pas faite en justice dans le « mois de la connaissance acquise de l'événement *par les intéressés.* » On peut trouver le délai d'un mois trop court. Toute l'économie de la réforme est dans les mots que j'ai soulignés. Au moins *les intéressés* ne seraient pas déchus de leurs droits par la négligence ou l'étourderie d'autrui. — Sur cette question si grave, si éminemment internationale, les navires qui se heurtent étant de toutes les nations, le congrès d'Anvers est resté muet, ainsi que sur la compétence, dans son projet de loi maritime uniforme. Et dans ses prolégomènes, relatifs au conflit des lois, il ne s'est occupé aussi que de ce qu'avait à faire *le capitaine* (solution n° 9). Il ne paraît pas avoir pensé aux propriétaires de la cargaison, ni avoir réfléchi que le capitaine pourrait être négligent ou mal conseillé, et pourrait avoir péri.

J'ai parcouru presque toute l'œuvre du Congrès sans m'assujettir à l'ordre des numéros, qui importe ici assez peu, les jurisconsultes réunis à Anvers ayant proposé des solutions séparées sur divers

Digitized by Google

points et non rédigé un code d'ensemble. Il se trouve même que j'ai réservé, pour la traiter la dernière, la question qui a été, après l'examen du conflit des lois, l'objet des premières et des plus vives discussions. Il s'agit des limites que la loi peut ou doit imposer à la liberté des conventions, dans les rapports des armateurs et des capitaines avec les chargeurs.

Cette question, très importante pour le commerce maritime, est bien actuelle. Elle agite depuis plusieurs années l'Angleterre, elle divise Liverpool et Londres, Liverpool où prévaut l'intérêt des armateurs, Londres où prévaut celui des chargeurs. Elle agite les Etats-Unis, où prévaut aussi l'intérêt des chargeurs et des réclamateurs de marchandises, depuis que le pavillon américain a été, pour ainsi dire, banni des ports européens par la concurrence de l'Angleterre, de l'Allemagne, de la Hollande, de la Norwège, de l'Italie, et aussi de la marine subventionnée de la France. J'étonnerai bien des lecteurs en ajoutant : et du Mexique. On voit encore dans les ports européens quelques navires à voiles des Etats-Unis. On y voit de magnifiques bateaux à vapeur qui portent le pavillon mexicain. On n'en voit pas un qui porte seul le pavillon étoilé.

Il faut que les docteurs de la science juridique, comme ceux de la science économique, en prennent leur parti. Les doctrines des peuples sont d'ordinaire dans la dépendance de leurs intérêts. J'ai entendu reprocher à la France de faire exception. Les Etats-Unis ne s'embarrassent pas plus d'une thèse juridique sur la liberté des conventions que de la thèse du libre échange. Pendant que dissertaient les jurisconsultes de l'Europe, ils faisaient voter au Parlement une loi qui déclare nulles et de nul effet en Amérique les clauses des connaissements du Havre et de Liverpool.

Voici, en deux mots, la question. Naguère, les armateurs, en Angleterre, étaient responsables, indéfiniment, dans les termes du droit commun, des fautes de leurs préposés, des fautes du capitaine et des gens de l'équipage. En France et chez la plupart des nations continentales, cette responsabilité était limitée par l'abandon du navire et du fret. Depuis quelques années, les Compagnies de navigation à vapeur ont imaginé de

Digitized by Google

s'affranchir de toute responsabilité des fautes, par les clauses des connaissements. Cette exonération est-elle licite, devant les considérations de l'ordre public ? Convient-il que la jurisprudence la limite, et de quelle manière ? Ou est-il à propos que des lois nouvelles la limitent expressément ?

C'est là-dessus que Liverpool et Londres ne sont pas d'accord. Il y a déjà eu des congrès, il s'en rassemblait un à Hambourg, très peu de temps avant la réunion du congrès d'Anvers, qui inscrivait aussi la question dans son programme. La discussion était fort utilement éclairée par un excellent mémoire d'un membre très judicieux et très expérimenté du congrès, M. Ch. Le Jeune, sous le titre : *Les clauses d'irresponsabilité des connaissements.*

Je dirai d'abord les solutions votées à Anvers, puis je me permettrai de les discuter à mon tour.

La solution n° 11 commence par poser le principe que « Les « propriétaires de navires sont civilement responsables vis-à-vis « des affréteurs et chargeurs des faits de leurs capitaines et de « leurs préposés relatifs à la cargaison..... »

Elle ajoute aussitôt :

« Il est loisible aux parties de déroger par des stipulations par- « ticulières à cette responsabilité..... »

C'est un second principe, celui de la liberté des conventions.

Mais je n'ai pas achevé le paragraphe. Il se termine par ces mots : *sauf les exceptions ci-après*, et nous voici au cœur de la question.

Quelles sont donc *les exceptions* qui limiteront la liberté des conventions? Je m'attends à ce qu'elles soient précises. Elles sont au nombre de trois. Je lis : « Il doit être interdit aux pro- « priétaires de s'exonérer d'avance de leur responsabilité.....

« A. Pour tous les faits de leurs capitaines ou de leurs prépo- « sés qui *tendraient à compromettre le parfait état* de naviga- « bilité des navires. »

C'est bien vague. Je me suppose propriétaire d'un navire, je commencerai d'être effrayé. Certes, je ne m'aviserai pas de braver l'interdiction dans mes connaissements, et d'y stipuler que je m'affranchis de la responsabilité des faits qui compro-

Digitized by Google

mettraient la sûreté de mon navire. Il y a là un vice de rédaction. Ce n'est pas la clause qui est interdite, elle ne sera jamais formulée. On a voulu dire que, si générales que soient les clauses d'exonération, elles ne s'appliqueront pas aux faits, etc.

Je l'entends bien ainsi et ne suis pas rassuré. *Tendre à compromettre le parfait état!* J'aurai donc des procès de tendance? Le moindre excès de charge, tout chargement sur le pont, toute pondération insuffisamment équilibrée de la cargaison tend à compromettre le parfait état de navigabilité. Et puis, si j'ai confiance dans le capitaine que j'ai choisi, il est mortel. Puis-je avoir la même confiance dans le navigateur inconnu qui le remplacera sur la désignation d'un consul? Il y a là, entre le capitaine choisi par le propriétaire et le capitaine de hasard imposé par les circonstances, une distinction nécessaire, qui n'a pas échappé aux assureurs maritimes dans la rédaction de la police française, mais qui a échappé à tous les législateurs.

Je continue :

« B. Tous ceux qui auraient pour effet de causer des dom-
« mages par vice d'arrimage, *défaut de soins,* ou *incomplète*
« *délivrance* des marchandises confiées à leur garde. »

Défaut de soins, c'est encore bien vague. Je suis donc obligé d'être le garant des soins attentifs de ce capitaine de hasard que je ne connais pas? Si je ne savais à quel litige les mots *incomplète délivrance* sont une allusion, je les comprendrais mal. Il est souvent fâcheux de rédiger des textes sous l'émotion d'un litige récent. On risque d'en faire naître d'autres. *Non délivrance* aurait exprimé une idée plus nette, en s'appliquant certainement à toute partie de marchandises *non livrée.* Je ne contesterai pas que la prétention d'une compagnie de navigation ou d'une compagnie de chemin de fer de n'être pas responsable de la marchandise égarée en route et qu'elle ne livre pas est ridicule et doit être repoussée. Les juges sont des hommes. On ne sera jamais à l'abri des erreurs judiciaires, qui sont des erreurs humaines.

L'*incomplète* délivrance s'appliquera-t-elle aux retards dans la délivrance? Sera-t-il interdit à la convention de s'exonérer de la responsabilité des retards? Ce serait bien sévère. Question de

Digitized by Google

mesure, comme je le montrerai plus loin, non de principe.

Si la convention ne peut affranchir le propriétaire ni des retards, ni du défaut de soins, ni des vices d'arrimage, ni des faits qui *tendent* à compromettre la sûreté de la navigation, je ne sais trop, en vérité, de quoi elle affranchira, mais je poursuis :

« C. Pour toute baraterie, tous faits, actes et négligences ayant « le caractère de *la faute lourde.* »

J'avertis le lecteur que c'est ici, dans ces mots de *la faute lourde*, que je vois poindre l'idée juste et la solution juridique de la question. Encore y a-t-il lieu à des distinctions. La convention par laquelle un armateur, ou tout contractant quelconque, s'affranchirait de la responsabilité de sa faute lourde personnelle devrait être nulle. Je ne crois pas qu'il soit besoin d'une loi pour le dire. Quant aux fautes des préposés, qui sont après tout les fautes d'autrui, il y a bien des degrés et des nuances. Les fautes du préposé direct, du mandataire choisi, de l'agent accrédité, investi d'une mission permanente de confiance, me paraissent l'équivalent des fautes personnelles. Si, habitant Paris, je suis propriétaire d'un navire attaché au port du Havre, j'ai un représentant dans l'armateur du Havre. Les fautes de l'armateur du Havre, commises au préjudice des chargeurs, seront des fautes personnelles. Les fautes du directeur au Havre de la Compagnie Générale Transatlantique, du directeur à Marseille de la Compagnie des Messageries Maritimes, sont des fautes de l'administration, bien que ces sociétés aient leur siège à Paris. La convention qui affranchirait l'administration de ses fautes lourdes serait nulle.

S'agit-il des capitaines, qui, dans les mœurs commerciales modernes, sont presque toujours étrangers aux fonctions de la gérance et n'ont que des attributions de commandement nautique ? C'est déjà plus douteux. Au temps où ils étaient des gérants commerciaux, frétant le navire, achetant et vendant des marchandises, j'ai toujours été d'avis qu'il y avait lieu de distinguer entre les fautes de la gérance, dont les assureurs n'étaient pas garants, et celles du commandement, qu'ils devaient garantir. La jurisprudence entrait dans cette voie de distinction, bien qu'un peu timidement. M. Ch. Le Jeune a présenté dans son

Digitized by Google

mémoire, sur les fautes nautiques, des considérations fort justes, dont s'est inspiré le Congrès sur la solution n° 14, comme on va le voir tout à l'heure. Je ne suis pas certain que l'ordre public soit intéressé à interdire aux armateurs de s'affranchir de la responsabilité de toutes les fautes nautiques, même lourdes. Le jurisconsulte qui inclinerait à la sévérité à l'égard du capitaine choisi par les armateurs, devrait du moins être indulgent à l'égard du capitaine de rencontre imposé par les circonstances.

Quant aux préposés subalternes et aux matelots, plus ils sont éloignés de l'action et de la surveillance possible des armateurs, plus il est légitime que ceux-ci s'affranchissent de la responsabilité des fautes, — si c'est la convention acceptée par les affréteurs ou chargeurs. Le matelot qui éteint mal une pipe à bord de mon navire à Calcutta et cause un commencement d'incendie qui endommage les marchandises commet assurément une faute, et, si l'on veut, une faute lourde. Je n'aperçois pas quels moyens j'ai, de Paris, pour prévenir cette faute, ni par conséquent pourquoi je ne pourrai pas convenir, dans le contrat d'affrétement, que je n'en serai pas responsable.

Je fais observer qu'à la fin de la solution n° 11, le congrès d'Anvers admet la responsabilité limitée à la valeur du navire et du fret pour tous les faits des préposés, même pour les fautes les plus lourdes. Quand le navire a péri, la responsabilité est donc illusoire. Comme l'abandon ne comprend pas les assurances, l'armateur assuré ne supporte aucun dommage quelconque. Il y a là une anomalie, une contradiction doctrinale qui n'a pas été remarquée. J'y reviendrai.

Je passe à la solution n° 14, spécialement relative au capitaine. « En principe, il répond personnellement de ses fautes à l'égard « du chargeur. » J'en suis d'accord, c'est du droit commun. « Par exception, il ne doit pas répondre de ses fautes nautiques, « lorsque celles-ci n'ont pas le caractère du dol ou de la faute « lourde. » J'en suis encore d'accord, *en pratique*, et c'est le fruit des judicieuses observations de M. Ch. Le Jeune, mais j'avoue que je laisserais prononcer cette immunité à la convention, ou à une jurisprudence indulgente, présumant, d'après les mœurs, la convention tacite. Quand on maintient l'effrayant article 1384

Digitized by Google

du Code civil, qui m'expose à des responsabilités illimitées sans que j'aie commis aucune faute quelconque, je trouverais étrange d'absoudre, par une loi, les fautes personnelles et professionnelles d'une classe particulière de citoyens.

Je ferai, sur la solution n° 16, dernier paragraphe, une seule observation qui n'a pas trait à la discussion présente :

« En cas de désaccord entre la charte-partie et le connaisse-« ment, *il y a lieu de donner la préférence au connaissement.* »

Je déclare être du sentiment absolument contraire. La charte-partie est un acte réfléchi, dont les clauses ont été débattues à loisir. Elle est très souvent passée par le ministère d'un courtier conducteur et interprète de navires, lequel est un officier public, et elle est alors un acte authentique. Le connaissement est toujours dressé avec précipitation, rarement signé des deux parties, plus rarement lu. C'est œuvre d'expéditionnaire, où les erreurs et les lapsus sont faciles, où les surprises seraient faciles aussi; et, en fait, les erreurs de dates, de lieux, de marques, de nombres, de poids, foisonnent dans les connaissements, souvent écrits dans des langues que ne sait pas le destinataire. Je n'hésite pas à donner la préférence à la charte-partie, quand il y a désaccord. Bien entendu, si le connaissement est *signé des deux mêmes parties*, il peut déroger au contrat antérieur. C'est alors une convention modifiée.

Maintenant, j'aborde la discussion de la question réservée. Je vais l'étendre et la généraliser singulièrement. Il s'agit de bien autre chose que des clauses des connaissements, simple détail, suffisant cependant pour agiter les États-Unis et l'Angleterre. Il s'agit, pour le jurisconsulte, des droits de la libre convention et des limites que peut lui opposer l'intérêt public. Il s'agit notamment de la liberté des assurances, à quoi l'on ne pense pas.

M'est-il permis de m'affranchir par la convention, vis-à-vis des tiers avec lesquels je puis contracter, des responsabilités menaçantes des art. 1382, 1383 et 1384 du Code civil? Je dis que c'est la question, et je réponds résolument : Oui, cela m'est permis, sauf le dol et la fraude, et la faute lourde qui est une espèce de dol. *Lata culpa quæ dolo æquiparatur.*

M'est-il permis de m'affranchir par la convention, qui s'ap-

Digitized by Google

pelle ici un bail, vis-à-vis de mon propriétaire, de la responsabilité du risque locatif d'incendie ? vis-à-vis de mes voisins, du risque de communication d'incendie ? vis-à-vis de mon fermier, ou de l'unique riverain de mes bois, de la responsabilité des dégâts de mes lapins ? Oui, cela m'est permis, sauf le dol, la fraude et la faute lourde.

Et comme je ne peux contracter avec des tiers inconnus, m'est-il permis de m'affranchir d'une autre manière, en transportant à une Compagnie d'assurances les risques des recours de ces tiers inconnus?

J'ajouterai enfin :

M'est-il permis de faire assurer ma propriété personnelle, contre les accidents qui proviendraient de la faute de mes préposés, *et de ma faute personnelle?*

C'est toujours la même question : liberté des conventions. S'il y a désordre à ce que je m'affranchisse par un contrat de la responsabilité de mes fautes, il y a désordre identique à ce que, par un autre contrat, je stipule l'indemnité de ma faute.

Je soutiens que tout cela m'est permis.

J'entends se récrier les vieux légistes que je scandalise. L'ombre de Valin se dresse indignée, contre un de ses admirateurs et de ses disciples. L'ancien droit était si imprégné de l'idée que la faute n'est pas un cas fortuit que l'on excluait en principe, de la garantie des assureurs maritimes, même la faute d'autrui ou la baraterie. C'était une tolérance, une concession aux usages du commerce, une dérogation au principe de permettre la convention contraire. Valin écrivait : « *Par la nature du contrat d'as-* « *surance*, l'assureur n'est chargé de droit de répondre que des « pertes qui arrivent par cas fortuit, par fortune de mer, *ce qui* « *est tout à fait étranger aux fautes* que peuvent commettre les « maîtres et les mariniers. » Emerigon n'osait contester que bien timidement le principe. Son bon sens pratique l'amenait cependant à dire : « La baraterie n'est pas moins un risque et un très « grand risque maritime, puisqu'on est obligé de confier son « bien aux gens de mer qui peuvent oublier quelquefois les « devoirs de leur état ou qui, par imprudence, occasionnent des « pertes. »

Digitized by Google

Quant à la garantie de la faute personnelle de l'assuré, Valin n'admettait pas la possibilité d'une dérogation au principe. Il en repoussait la pensée avec une énergie qui allait jusqu'à une violence inusitée d'expressions. « Aucune clause » — dit-il — « ne « peut charger valablement les assureurs des dommages qui « arriveraient de cette manière. Une telle clause serait ABSURDE, « ILLUSOIRE ET FRAUDULEUSE. « *Pacta non sunt servanda quæ* « *ad delinquendum provocant.* »

Si Valin vivait de nos jours, il aurait son mobilier et sa précieuse bibliothèque assurés contre l'incendie. Il recevrait la *Revue critique de législation et de jurisprudence.* Il pourrait avoir la mauvaise habitude de lire dans son lit, et s'endormir sur le présent article, à moins que l'irritation ne le tînt éveillé. Il aurait laissé sa chandelle allumée trop près de ses rideaux. C'est une faute personnelle. Réveillé en sursaut au milieu des flammes, fuyant à demi vêtu dans la rue et assistant à la destruction de son mobilier, il devrait soutenir intrépidement qu'il n'a souffert d'aucun cas fortuit. Sa conscience de juriste lui interdirait de présenter une réclamation à la Compagnie d'assurances. La clause, ou la convention tacite, qui le protégerait serait ABSURDE ET FRAUDULEUSE. Il me semble seulement qu'elle ne serait pas ILLUSOIRE. Ce qui serait illusoire serait une assurance contre l'incendie qui excepterait les fautes, car presque tous les incendies proviennent d'une faute.

L'ancien droit était resté pénétré des idées de Valin. Le droit maritime s'en dégage avec peine, et c'est pourquoi l'on dispute sur la validité des clauses d'exonération des connaissements. Le Code de commerce, reproduisant une disposition de l'Ordonnance, porte, article 351 : « Toutes pertes et dommages provenant du « fait de l'assuré *ne sont point à la charge de l'assureur.* » Malgré tant d'excitations de la concurrence et des courtiers, de recherches ingénieuses des assurés, de complaisances des assureurs, il est très remarquable que je n'ai jamais eu connaissance, dans les assurances maritimes, d'une demande de dérogation à l'article 351, afin de garantir, par la convention, la faute personnelle de l'assuré. Je suis obligé de déclarer qu'une telle convention

Digitized by Google

serait licite et valable, — toujours sauf le dol, la fraude, et la faute lourde confinant au dol.

Comment, en effet, justifierait-on une exception pour les assurances maritimes, quand toutes les autres assurances se développent librement en garantissant la faute? Je viens de le dire, une assurance contre l'incendie qui ne garantirait pas la faute serait illusoire. Toutes les assurances de risques locatifs sont des garanties de fautes présumées, les assurances de risques de voisins des garanties de fautes démontrées. Les assurances contre les accidents de voitures garantissent des fautes. On n'imagine pas de refuser l'indemnité au propriétaire qui conduit sa propre voiture et qui a pu être un cocher malhabile. On a beaucoup préconisé, dans ces dernières années, même comme une institution sociale, les assurances contre les accidents corporels des ouvriers de l'industrie. Il y a une Caisse d'État fondée à cet effet par une loi. Il y a un projet de loi, très mal conçu, suivant moi, du précédent ministre du Commerce, qui va jusqu'à obliger les patrons, sous peine de fortes amendes, à faire assurer leurs ouvriers contre les accidents corporels. Jamais on n'a songé à refuser l'indemnité à l'ouvrier qui se serait blessé par sa propre imprudence. C'est cependant bien, aux termes de l'article 351, *le dommage provenant du fait de l'assuré.*

Or, encore une fois, s'il est licite à la convention d'acheter la garantie de la faute personnelle, peut-il lui être interdit de s'exonérer directement des conséquences de la faute, envers le contractant, par un contrat spécial? Un membre très distingué du congrès d'Anvers, M. Ch. Sainctelette, ancien ministre des travaux publics en Belgique, a semblé contester cette logique. « Je « ne crois pas, a-t-il écrit, que *du point de vue de la conscience,* « il y ait équation entre la stipulation expresse de renonciation « au recours et le recours garanti par l'assurance. » J'en demande pardon à l'habile jurisconsulte qui aime, ce dont je l'honore, à envisager dans le droit des aperçus philosophiques, ceci est ingénieux, peut-être subtil. Que l'équation ne soit pas philosophiquement exacte, j'en conviendrai volontiers, mais *au point de vue pratique*, la différence est bien légère. Le locataire garanti par une assurance contre les risques locatifs et celui qui s'en

Digitized by Google

sera exonéré par le bail n'auront guère plus de troubles de conscience l'un que l'autre. Je suis persuadé qu'ils s'embarrasseront peu de l'équation. Je dirai même qu'au point de vue du raisonnement, l'assurance qui absout les fautes, en général, me paraîtrait plus critiquable que la convention d'exonération, laquelle ne s'applique qu'au seul contractant. Le contrat d'exonération est un témoignage individuel de confiance. On fera confiance à tel locataire ou à tel voisin, parce qu'on le sait prudent, on pourra résister à la demande d'un autre. L'assurance n'a pas ces discernements. Je n'insiste pas sur l'observation, bien que je l'estime juste. Il me suffit que les exigences de l'ordre public, si l'ordre public doit en avoir, soient les mêmes devant l'exonération et devant la garantie des fautes.

Tous les juristes, anciens et modernes, sont d'accord sur ceci : des intérêts d'ordre public peuvent seuls limiter la liberté des conventions. Il n'y a donc qu'à chercher où est l'intérêt public.

Or, c'est certainement un immense intérêt public de supprimer des occasions de procès, et c'en est un autre de supprimer des occasions de ruine.

Excepté pour les avocats, les procès sont toujours des accidents très fâcheux, même pour ceux qui les gagnent. Un procès est par lui-même un désordre, et un désordre moral. C'est la querelle, l'inimitié, la rancune, les mauvaises passions surexcitées, trop souvent l'emploi des arguments de mauvaise foi. C'est une malencontreuse dépense de temps et d'argent. C'est le souci rongeur, pendant des années, l'anxiété et l'insomnie, parfois le dépérissement de la santé. Je n'en parle pas par expérience. J'ai eu ce bonheur, dans ma longue vie, de n'avoir jamais un procès personnel. Je n'ai connu que la crainte des procès. Elle a été déjà une anxiété.

Toute ruine privée est une sorte de malheur public. Il y a une famille entraînée dans le désastre, une femme, des enfants, des serviteurs, des ouvriers, des créanciers. L'homme n'est pas un solitaire. On a vu des villes ruinées par la ruine d'un homme. Dans le commerce surtout, la ruine se propage avec une effrayante solidarité.

Digitized by Google

Si l'homme est ruiné par sa faute, par son imprudence, je n'aperçois guère que ce soit, pour lui et les siens, un moindre malheur. S'il est ruiné par la faute d'autrui, c'est particulièrement douloureux.

Les articles 1382, 1383, 1384 du Code civil sont gros de menaces de procès et de menaces de ruines. N'est-ce pas un service rendu à l'intérêt public que d'écarter ces menaces?

Voulez-vous donc, va-t-on s'écrier, laisser la ruine à celui qui a souffert du dommage, pour en préserver celui qui l'a causé? Non pas certes, je n'ai pas cette pensée insensée. Mais s'il existait une institution qui les sauvât tous les deux de la ruine, et bien plus efficacement que l'art. 1382 du Code civil?

Cette institution existe, c'est l'assurance.

Elle est, viens-je de dire, bien plus efficace que l'art. 1382 pour la réparation des dommages. En effet, le recours à cet article est presque toujours illusoire, à raison de l'insolvabilité de l'auteur de la faute. Il importera fort peu aux propriétaires de l'usine et du navire qu'auront dévorés les flammes de savoir au juste le nom de l'ouvrier et du matelot qui auront mal éteint une pipe. La preuve est difficile, et l'humble aveu du coupable ne serait pas d'un plus grand secours. Franchement, l'assurance vaut mieux. Puis, l'art. 1382 n'apporte pas même un recours théorique pour la cause inconnue, pour la preuve douteuse, pour le cas vraiment fortuit. L'assurance vaut mieux, et, en comparaison, l'art. 1382, qui n'est même pas une menace pour l'insolvable, est une pauvre ressource.

C'est l'immense bienfait social de l'assurance de préserver des ruines. Qu'il lui soit permis de préserver aussi des procès, ce sera un autre bienfait social. Qu'il lui soit permis de préserver de la ruine l'honnête homme qui aura eu des préposés imprudents, et l'honnête homme qui aura pu commettre personnellement une imprudence *excusable*. Qu'il soit permis aux citoyens entre eux, alors qu'ils ont à leur disposition l'assurance, de s'affranchir réciproquement, par la libre convention, des menaces de querelles, de recours et de procès irritants. Et pour en revenir à l'objet spécial de cette discussion, qu'il soit permis aux armateurs et aux char-

Digitized by Google

geurs de débattre librement les clauses de leurs chartes-parties et de leurs connaissements.

Il y a, en cette matière spéciale, ceci de très remarquable qu'en France le législateur a déclaré l'intérêt du commerce des armements un intérêt public, méritant des faveurs et des privilèges. L'art. 216 du Code de commerce est un privilège, qu'avec beaucoup de bons esprits j'estime exorbitant. Qu'on veuille bien le rapprocher de l'art. 1384 du Code civil ! Voici une classe de citoyens, les armateurs, qui, en l'absence de toute convention, n'ont qu'une responsabilité limitée des fautes les plus grossières du préposé de leur choix. Ce n'est pas tout. Si le navire a péri, l'armateur assuré reçoit le montant de l'assurance et n'éprouve pas le plus léger préjudice. En outre, en dépit de tous les principes du libre échange, une loi du 29 janvier 1881 met à la charge du Trésor public, ou du budget, des subventions à la marine marchande, et les paysans de l'Auvergne paient des impôts pour subventionner les armateurs du Havre et de Marseille. Je ne discute pas, je constate. C'est en présence de telles faveurs, de tels privilèges concédés à l'intérêt public de la marine qu'on contesterait à ces mêmes armateurs du Havre et de Marseille la faculté de s'exonérer, par la libre convention, vis-à-vis des chargeurs avec lesquels ils contractent, de la responsabilité des fautes de matelots et de préposés subalternes.

On objecte qu'il y a un danger d'ordre public à supprimer la responsabilité des fautes, des imprudences, des incuries, que ces incuries aboutissent trop souvent à des pertes de navires et à des sacrifices de vies humaines, en sorte que c'est compromettre même les intérêts de l'humanité. Je ne méconnais pas la puissance de cette considération; je fais observer seulement que l'objection se dresse, avec bien plus de force encore, contre l'institution des assurances. Il n'y a point de médaille qui n'ait son revers, ni de tableau qui n'ait d'ombre. Que de fois ne l'ai-je pas dit? L'assurance, comme ombre au tableau de ses bienfaits, a le très grave inconvénient d'effacer l'intérêt à la conservation, d'éteindre le sentiment de la conservation, par là d'endormir la vigilance et d'engendrer les incuries. Il est constaté par l'expérience, il est certain que les navires qui ne sont pas assurés se

Digitized by Google

perdent moins que les navires assurés et les navires assurés pour la moitié de leur valeur moins que ceux dont la valeur entière est garantie. Il est certain que, dans une usine qui ne serait pas assurée, on saurait prendre contre l'incendie des précautions plus vigilantes. L'assurance porte des responsabilités bien autrement lourdes que celles de toutes les clauses des connaissements. Quelqu'un propose-t-il de supprimer l'assurance ?

L'article 216, combiné avec l'assurance, porte aussi le poids de lourdes responsabilités, en déchargeant celle de l'armateur. Que signifient les clauses des connaissements, quand la faute amène la perte totale du navire et peut-être de l'équipage ? C'est précisément dans ce cas que l'armateur, indemnisé par l'assurance, se libère au moyen de l'abandon dérisoire de l'épave engloutie. Quelqu'un propose-t-il d'abroger l'article 216 ? Le congrès d'Anvers a demandé de l'introduire dans le Code universel des nations maritimes.

Combien sont inoffensives, en comparaison, les clauses des connaissements au sujet desquelles on s'agite ! Presque toujours il s'agit de dommages partiels à des marchandises, de vices d'arrimage, de défaut de soins, de retardements, de fausses directions, ce qui ne fait périr aucun navire. En cas de perte totale, le chargeur assuré ne se plaint pas. Une des clauses les plus choquantes, à mon avis, est celle qui stipule le fret acquis nonobstant la perte de la marchandise. Le transport n'a pas eu lieu et le prix du transport est payé. Il se trouve que l'article 302 du Code de commerce a expressément permis cela, et personne ne réclame. Pourquoi ? Le chargeur assuré a compris dans l'assurance le fret exigé d'avance, il est indemnisé. C'est toujours l'assurance qui absout les fautes.

Qu'au moins l'assurance ne les récompense pas en couvrant des valeurs exagérées. Que non contente d'effacer l'intérêt à la conservation, elle ne crée pas l'intérêt à la perte des choses. Voilà ce qui est immoral et contraire à l'ordre public. Voilà où le législateur a le droit et le devoir d'intervenir en restreignant la liberté des conventions. Je me suis maintes fois élevé avec énergie contre ce désordre des assurances exagérées. L'Ordonnance de 1681 n'y allait pas de main-morte pour le réprimer. L'art. 22

Digitized by Google

du Titre des assurances porte : « Défendons de faire assurer des effets au-delà de leur valeur, à peine de nullité de l'assurance *et de confiscation des marchandises.* » Mais le législateur moderne est timide. Il laisse subsister le désordre, par un respect excessif de la pratique commerciale de la valeur agréée. Je loue le congrès d'Anvers d'avoir rendu hommage au principe. Le Congrès a lui-même été timide, presque repentant d'avoir osé permettre la discussion de la valeur agréée. On a vu qu'il s'est empressé de dire que la valeur agréée du navire ne pourrait pas être réduite, malgré la preuve de la dépréciation survenue. C'est bien créer à l'armateur l'intérêt à la perte de son navire. Peut-être les membres qui, par leur insistance, ont arraché cette infraction au principe et cette concession illogique ont-ils, par un autre illogisme, demandé de restreindre, quant aux clauses des connaissements, la liberté des conventions.

Je sais bien quel serait le remède au mal constitutionnel de l'assurance, qui est d'endormir la vigilance en effaçant l'intérêt à la conservation des choses. Ce serait d'exiger que l'assurance ne fût pas intégrale et laissât subsister un intérêt à la conservation. Je n'ai pas le mérite d'avoir inventé ce moyen, que j'ai employé bien souvent. Il est écrit dans l'Ordonnance de 1681. L'art. 18 du Titre des assurances porte : « Les assurés courront « toujours risque du dixième des effets *qu'ils auront chargés...* » Mais l'article, en permettant aussitôt la convention contraire, n'a eu aucune efficacité. Il est très singulier de remarquer que le texte ne s'applique qu'*aux effets chargés*, non au navire lui-même. Cela semble une distraction du rédacteur. Je comprendrais mieux que les tiers chargeurs, étrangers à la conduite du navire, pussent recourir à l'assurance intégrale, et que cela fût interdit aux armateurs.

Revenir à la pensée de l'Ordonnance, en la généralisant et en prohibant la convention contraire, ce serait tentant. Alors subsisterait l'intérêt à la conservation, sans la menace de la ruine. Ce n'est pas la ruine que de perdre le dixième de la valeur de sa chose. Alors la vigilance ne s'endormirait pas, les imprudences emporteraient leur peine, et les incuries ne seraient pas impunies. Alors aussi il ne serait pas illogique de limiter la liberté

Digitized by Google

des conventions d'exonération des responsabilités. Les auteurs ou les garants d'une faute devraient supporter toujours le dixième au moins des dommages. Alors enfin la logique exigerait qu'on amendât l'art. 216, et que l'abandon facultatif ne libérât les armateurs que des neuf dixièmes de la responsabilité.

C'est une thèse de législation très soutenable et assez séduisante. Cependant personne ne l'a soutenue, au congrès d'Anvers ni ailleurs, et je ne la soutiens pas moi-même. Les mœurs universelles la repoussent, et l'on ne va pas à l'encontre des mœurs. Beaucoup d'affaires, et des plus sérieuses, seraient entravées. Le commerce vit de crédit, le crédit se retirerait ou ne se prêterait qu'à usure. Veut-on qu'un banquier prête un million sur le gage d'une chose périssable en s'exposant à perdre cent mille francs? L'un des grands bienfaits de l'assurance est d'être un puissant instrument de crédit. On ébranlerait cette puissance. Attirerait-on aussi les capitaux vers les armements, les usines, les entreprises quelconques, en leur imposant d'avance un risque d'un dixième? Et puis, quant aux exonérations de responsabilité, la clause pourrait être entièrement illusoire. Si le dommage dont je suis responsable, par ma faute ou celle de mes préposés, est d'un million, si je ne possède que cent mille francs, qu'importe que j'aie pu m'exonérer des neuf dixièmes? Je n'en serai pas moins ruiné.

Non, la thèse n'est que spécieuse. Elle ne résiste pas à l'observation des faits et des mœurs. Elle doit être abandonnée.

N'y a-t-il donc aucune ressource, aucune garantie contre les abus? Car les abus de la liberté existent incontestablement, en cette matière comme en toutes les autres. Après tant d'essais d'une définition philosophique de l'homme, je serais tenté de proposer la mienne : l'homme est un animal qui abuse de sa liberté.

Il y a deux garanties : la réaction des intérêts lésés, refusant de signer plus longtemps les conventions abusives, et la sagesse de la jurisprudence.

Est-ce que les chargeurs de marchandises ne sont pas libres de refuser de signer les clauses abusives des connaissements dont ils se plaignent? Au lieu d'implorer le législateur, qu'ils se dé-

Digitized by Google

fendent eux-mêmes en résistant et en se servant de leur liberté.

Ici, je ne puis m'empêcher de trouver d'une singulière faiblesse l'argumentation des chargeurs, à laquelle M. Ch. Le Jeune, d'ordinaire si judicieux, semble s'associer. « Des formules impri-« mées de connaissements leur sont imposées par le monopole « des grandes Compagnies et l'entente des armateurs, *et ils ne sont « pas libres de les refuser.* »

Autant dire que les formules imprimées des polices étant établies par les assureurs, les assurés ne sont pas libres d'y proposer des dérogations. Je ne me suis pas aperçu que les assurés s'en gênassent.

Si les armateurs peuvent se concerter et se coaliser, les chargeurs le peuvent aussi. Les chargeurs ont des chambres syndicales et des chambres de commerce pour y centraliser l'expression de leurs vœux. Les armateurs ont encore plus besoin d'eux qu'ils n'ont besoin des armateurs. La concurrence est partout, le monopole nulle part. Les chargeurs peuvent se grouper et créer une flotte pour échapper au monopole. Cela s'est vu, et au Havre la Compagnie des Chargeurs Réunis est une très puissante société d'armements. Les armateurs ne créeront pas de marchandises pour les transporter. Que demain tous les chargeurs ou les principaux chargeurs du Havre s'entendent pour refuser telle clause insolite des connaissements; après demain les armateurs du Havre auront capitulé. Que les chargeurs sachent donc s'entendre et se défendre, au lieu de courir de congrès en congrès, à la vaine poursuite de la chimère d'une formule de connaissement uniforme, au lieu d'adresser au législateur leurs doléances éplorées, ou bien que les chargeurs convoquent un congrès, non de jurisconsultes, mais de chargeurs, où ils décideront les clauses qui seront refusées. Ils n'ont besoin, pour cela, ni de lois ni de légistes.

En France, les chargeurs se sont fort peu agités, pourquoi ? Parce qu'ils trouvent chez les assureurs la garantie de toutes les clauses des connaissements. Les assureurs ne se sont pas agités davantage, pourquoi ? Parce qu'ils ont peu souffert de leur complaisance. Il y a eu quelques espèces assez irritantes, de fort

Digitized by Google

médiocre importance; au résumé, peu de dommage. Je ne serais pas plus touché des doléances des assureurs que de celles des chargeurs. Les assureurs aussi sont libres de se concerter. Quand les assureurs estimeront que leurs intérêts sont vraiment lésés par leur complaisance envers leur clientèle de chargeurs, ils refuseront de garantir telle clause abusive des connaissements. A l'instant, les chargeurs avertis, se sentant lésés à leur tour, refuseront de consentir la clause abusive, qui disparaîtra. C'est la liberté des conventions, c'est la loi économique de l'offre et de la demande, plus puissante que les délibérations des congrès. Et je suis toujours ramené à dire que la question est dominée par celle des assurances.

On se moquerait, avec raison, des assureurs, s'ils s'assemblaient en congrès pour demander au législateur des lisières.

Il y a une seconde garantie, la sagesse de la jurisprudence, protectrice naturelle des libertés légitimes, protectrice aussi des intérêts de l'ordre public et de la morale ; de la jurisprudence, qui, mieux que la législation, pose les limites, assez mobiles, qui dépendent des temps et des mœurs. La liberté a son écueil et son excès, qui est la licence. La licence doit toujours être réprimée. En matière de conventions, où commence la licence ? C'est à la sagesse de la jurisprudence à l'apprécier, ce que ne saurait bien faire la législation. Comment demander à des textes la distinction de la faute excusable et de celle qui ne l'est pas, de la faute légère et de la faute lourde qui confine au dol ? *Lata culpa, quæ dolo æquiparatur.* La solution juridique de la question que je traite est cependant là et non ailleurs.

Ainsi, j'ai établi que l'assurance contre l'incendie garantit nécessairement la faute des préposés et même la faute personnelle, sans quoi elle serait illusoire. Nul n'achéterait la garantie, puisque tous les incendies, sauf ceux qu'allume la foudre, proviennent d'une faute. Si pourtant un cultivateur en goguette allumait un feu de joie au milieu de ses meules de paille, si un filateur en liesse, fêtant la naissance d'un enfant, tirait un feu d'artifice au milieu de ses balles de coton, tous deux mériteraient bien que les tribunaux leur refusassent le droit à l'indemnité. Ce serait la faute grossière équivalente au dol, et ne serait-il pas vrai qu'ils

Digitized by Google

se seraient livrés à des divertissements aussi imprudents en fraude des assureurs ?

Il y a déjà des monuments de jurisprudence conformes à cette opinion.

L'assurance contre les accidents de voitures garantit les fautes et n'excepte pas celles du propriétaire de la voiture. Si pourtant, au sortir du café Anglais, un jeune homme, par forfanterie ou gageure, lance au galop sa voiture à travers les embarras du boulevard des Italiens et la brise, la Compagnie d'assurance résistera, et elle aura raison. Ce sera la faute lourde.

L'assurance maritime garantit les fautes, non frauduleuses, du capitaine propriétaire de son navire. Si ce capitaine, refusant l'assistance d'un pilote, bravant les signaux qui interdisent l'entrée du port, a la jactance de vouloir entrer quand même, ce sera la faute lourde, équivalente au dol et commise en fraude des assureurs.

Enfin, l'assurance contre les accidents corporels n'excepte pas les imprudences. L'ouvrier aviné qui aura fait un pari téméraire, insensé, et se sera rompu un bras, méritera-t-il une pension ? A l'égard des assureurs, ce pari était bien dolosif.

Ainsi des clauses d'exonération des responsabilités. L'exemple des assurances éclaire encore la question de tous les connaissements et de tous les contrats d'exonération. La faute lourde, dolosive, laissera subsister la responsabilité, malgré la convention. J'ai le droit de stipuler avec mon fermier ou mon voisin que je ne l'indemniserai pas des dégâts de mes lapins. La convention, qui est fréquente, est parfaitement licite et doit être respectée. Oui, tant que je ne dénature pas, par mon fait, les conditions normales, prévues de la convention. Mais si, le lendemain de la signature, quand mon fermier ou mon voisin aurait compté sur la continuation d'habitudes modérées, je répandais dans mon bois mille lapins qui ravageraient toute la récolte, la convention ne me protégerait plus, je l'aurais fraudée. Cela n'empêcherait pas qu'elle n'eût été, en elle-même, parfaitement licite.

La loi ne peut pas définir la faute lourde, préciser les imprudences inexcusables, ni compter les lapins. La jurisprudence appréciera. J'aperçois deux idées justes qui pourront la diriger,

Digitized by Google

celle que je viens d'exprimer par le mot *inexcusable*, une seconde plus juridique encore peut-être. Le juge se demandera si un homme d'une prudence moyenne aurait commis l'acte constaté, au cas où il n'aurait pas été garanti, soit par une assurance, soit par la clause d'exonération. La faute que l'assuré n'aurait pas commise s'il n'avait pas été assuré sera bien dolosive à l'égard des assureurs. Celle que le contractant n'aurait pas commise s'il ne s'en était pas exonéré d'avance sera pareillement dolosive. Dans la question spéciale du connaissement, le juge sera indulgent pour la société d'armements habituellement soigneuse, ayant des services bien organisés, des équipages d'élite, comme la société des Messageries Maritimes, dont un préposé, parce que l'homme est faillible, aura commis un jour une faute qui sera une sorte d'accident. Il sera sévère, ce sera protéger l'intérêt public, pour la société parcimonieuse qui recrute au rabais un personnel insuffisant, quand la nature ou la récidive des fautes révèlera le vice d'une administration négligente. Ainsi que je le disais tout à l'heure, cela n'empêchera pas les clauses des connaissements d'avoir été, en elles-mêmes, parfaitement licites.

C'est la conclusion de toutes les observations qui précèdent. Je me prononce nettement pour la liberté des conventions. Je ne demande pas au législateur de la restreindre. J'invite les chargeurs à savoir se défendre par la liberté de la convention, au lieu de porter au législateur leurs doléances. Ils ne sont pas en tutelle, et, s'ils le veulent bien, ils seront les plus forts. J'invite la jurisprudence à ne pas accorder l'impunité à la faute lourde qui confine au dol : *lata culpa quæ dolo æquiparatur*.

Je crois que le congrès d'Anvers s'est trompé en proposant de restreindre, sur quelques points qu'il a essayé de préciser, la liberté des conventions. Je reprends, comme particulièrement frappant, l'exemple du *vice d'arrimage*, une des exceptions proposées. On va voir si le vœu n'est pas irréfléchi.

J'habite Paris. Je puis me rendre propriétaire d'un navire. Je ferai presque acte de bon citoyen, la loi française m'y incite par l'offre d'une subvention. Je négocie l'affrétement de mon navire avec un négociant du Havre. Je suis de la plus épaisse ignorance sur les conditions d'un bon arrimage. C'est un art tout spécial.

Digitized by Google

Il y a au Havre des arrimeurs dont c'est la profession. D'ordinaire ils sont payés et choisis par les armateurs, et il est bien clair que des chargeurs isolés, *en cueillette*, sont obligés de laisser l'arrimage aux armateurs. Mais comme je traite d'un affrétement en bloc, je dis à l'affréteur : Je ne veux absolument pas répondre des vices d'arrimage. Je n'y entends rien, je ne connais pas d'arrimeurs et je ne connais pas vos marchandises ; choisissez et payez vos arrimeurs vous-même. — L'affréteur accepte en exigeant naturellement une diminution du fret. J'accepte à mon tour la réduction du fret. Marché fait, la charte-partie est ainsi dressée. — Je demande si, parmi les membres du congrès d'Anvers, si, dans le monde entier, il se rencontrera un jurisconsulte pour soutenir que cette convention si pure, si loyale, si sensée, doit être déclarée nulle, comme contraire à la morale et à l'ordre public ?

Cependant je ne m'abuse pas. Je lis bien sous la solution n° 11 du congrès d'Anvers :

« Il doit être interdit aux propriétaires de s'exonérer d'avance « de leur responsabilité... pour tous les faits qui auraient pour « effet de causer des dommages *par vice d'arrimage*. »

Qui sait? Si j'avais siégé au congrès d'Anvers, peut-être aurai-je voté, avec la majorité, cette disposition que, plus recueilli, je n'hésite pas à condamner, ou d'autres solutions que j'ai vivement critiquées. C'est l'inconvénient des assemblées nombreuses, quelles que soient les lumières de leurs membres. Il y a des entraînements de parole, des irréflexions, des surprises. On n'approfondit pas, en huit jours, tant de questions avec un loisir suffisant. Je me souviens que la Commission de 1865, dont j'avais l'honneur de faire partie, a travaillé pendant trois ans.

Les lumières abondaient au congrès d'Anvers. Des commissions laborieuses préparaient les solutions. Les discussions concernant le Droit maritime étaient dirigées avec autant de talent que de bienveillance par un jurisconsulte très distingué lui-même, M. Victor Jacobs, ancien ministre en Belgique. Je citerai encore le très précieux concours de M. Spée, greffier du tribunal de commerce d'Anvers. Beaucoup d'idées justes ont été remuées. Des solutions judicieuses ont été votées. Il y a eu des lacunes

Digitized by Google

inévitables et des imperfections que je m'excuse d'avoir librement signalées, dans un recueillement plus propice à l'examen approfondi des problèmes juridiques. Partisan résolu de la liberté des conventions, je dois l'être de la liberté de discussion. Celle-ci a quelquefois aussi ses licences. Elle a ses barrières de déférence et de courtoisie, que j'espère n'avoir pas franchies.

ALFRED DE COURCY.

BIBLIOGRAPHIE.

ETUDES SUR LES MŒURS RELIGIEUSES ET SOCIALES DE L'EXTRÊME-ORIENT [1],

Par Sir Alfred C. LYALL,
Lieutenant-gouverneur des provinces du Nord-Ouest,

Compte-rendu par M. Marc SAUZET, agrégé près la Faculté de droit de Lyon.

Sir Alfred C. Lyall, lieutenant gouverneur des provinces du Nord-Ouest, dans l'Inde, n'est pas seulement un haut administrateur de l'Empire anglais ; il a trouvé, dans l'exercice de ses fonctions, l'occasion d'observer un milieu social que nous croyons communément très différent du nôtre ; et, pensant y retrouver, suivant sa propre expression « le meilleur spécimen encore vivant « de l'ancien monde historique, l'*Orbis veteribus notus* », il a entrepris de nous faire revivre la vie antique, en nous révélant la vie indienne, — de nous faire « respirer la véritable atmosphère « des vieux âges et imaginer leur aspect politique. » Pour lui, en effet, la société asiatique « ressemble assez à la société antique « de l'Europe arrêtée dans son développement. »

Ce proconsul moderne est un classique et un philosophe érudit, quoi qu'il en dise, doublé d'un habile observateur et d'un narrateur merveilleux.

Un classique, disons-nous tout d'abord : il est difficile de n'être pas frappé de sa persistance à relever toutes les ressemblances « politiques, sociales et religieuses entre l'Inde Britan- « nique et l'Empire romain. » Nous ignorons s'il a servi en

[1] 1 vol. in-8, 1885.

Digitized by Google

Afghanistan, mais nous penserions volontiers qu'il ne fait qu'un avec cet officier Indien passionné pour la *Retraite des Dix-Mille*, à qui « les moments difficiles » suggèrent des citations d'Homère et d'Horace.

Quant au philosophe familier avec les théories les plus abstraites et les plus délicats problèmes de l'érudition contemporaine, il se révèle, à première lecture, soit dans le chapitre I, *La religion dans une province de l'Inde*, soit dans le chapitre II, *Origine des mythes divins dans l'Inde*, surtout dans le chapitre III, *Influence du progrès moral sur la religion*, et le chapitre IV, *Distinction entre la sorcellerie et les religions païennes*.

Mais les théories spéculatives n'étouffent pas chez notre auteur le sens pratique : politique aussi profond que psychologue attentif, il ne perd pas de vue, en s'occupant des plus obscurs problèmes de la science des idées, « l'Art important mais prodigieusement « difficile de traiter avec des races d'une civilisation étrange et « rudimentaire. » C'est qu'il n'appartient pas à l'école des théoriciens en chambre, des observateurs de cabinet : il écrit quelque part, qu' « un abandon trop paresseux au goût de la lecture et « une confiance trop implicite aux autorités engendrent l'atro- « phie des facultés observatrices. »

Nous avouerons cependant qu'ici son exemple proteste contre son aphorisme : on peut être convaincu qu'il a lu beaucoup et qu'il a observé plus encore. Seul, son chapitre VI, sur les *Rapports de l'Eglise et de l'Etat en Chine* n'est pas le résultat d'une expérience personnelle. Les chapitres V concernant *la vitalité du Brahmanisme*, VII *sur la formation des classes et des castes dans l'Inde*, VIII *sur l'organisation politique de la composition sociale des États-Radjpoutes*, — sont des chefs-d'œuvre d'analyse. Le traducteur n'exagère rien quand il vante « l'attention pénétrante » de l'auteur, « sa délicatesse de perception, les scrupules de son exactitude. »

Ajouterons-nous qu'il ne s'agit pas là d'un livre, mais d'un recueil d'articles détachés, parus, en ces dernières années, dans des périodiques anglais. Ce n'est point une critique, mais une simple constatation qui n'enlève rien au mérite de l'œuvre.

Tous les esprits élevés que préoccupent les idées primitives en

Digitized by Google

matière de religion et de gouvernement, — qui se refusent à voir dans l'ignorance de toute conception religieuse le seul moyen de se mettre à l'abri du cléricalisme [1] — et qui souhaitent de voir enfin, en France, la science des religions occuper le rang qui lui appartient dans notre haut enseignement national — connaissent déjà ces études.

Au point de vue pratique, alors que la France semble entreprendre la tâche périlleuse de fonder un empire Indo-Chinois, leur utilité est indéniable ; on peut même regretter que le traducteur ait cru devoir supprimer deux chapitres de l'œuvre originale, comme « écrits à un point de vue trop spécialement « anglais. »

Mais l'intérêt de cette lecture nons paraît plus immédiat encore et, nous dirons, *tout Occidental* : les politiques absolus pourront en effet, suivant l'observation du traducteur, s'y convaincre qu'il est des préjugés, appuyés sur des convictions plus ou moins plausibles, qui sont doués d'une force de résistance telle que toute mesure législative échoue contre eux. Puisse l'Asie, avec la multiplicité de ses sectes, devenir pour nous une école de patience et de tolérance obligées dans l'éducation des masses [2] !

Quant aux amateurs de curiosités exotiques ou aux érudits en quête de comparaisons fécondes, il serait superflu de leur signaler ce qu'ils ont découvert déjà : ne croit-on pas pénétrer le mystère de la *gens* romaine quand on voit ce que furent et ce que sont les classes et les castes de l'Inde ? — La pratique de l'*exogamie*, indiquée si judicieusement dans les notes savantes qui accompagnent la nouvelle édition du livre de notre regretté maître M. Gide, sur *la condition de la femme*, n'est-elle pas éclairée d'un jour nouveau par les explications si précises que renferment les chapitres VII et VIII, p. 464 ?

Ces observations très brèves, que la seule lecture de l'excellente préface du traducteur complèterait au besoin, suffiront à justifier l'entière adhésion que nous donnons au choix de l'ouvrage de Sir Lyall pour faire suite aux publications de Sir Henry

[1] L'observation est du traducteur (Préface, p. XI).

[2] Préface du traducteur, p. XIII.

Digitized by Google

Sumner Maine, dans *la Bibliothèque de l'Histoire du Droit et des Institutions.* MARC SAUZET.

THÉORIE ET PRATIQUE DES DONS MANUELS,

Par M. Paul BRESSOLLES, avocat.

Compte rendu par M. Pierre SARRAUTE,
juge au tribunal de première instance de Périgueux.

L'ouvrage de M. Paul Bressolles, *Théorie et pratique des dons manuels*, comble une lacune. Car encore qu'une jurisprudence nombreuse fût intervenue et que le praticien, grâce à elle, fût à peu près fixé sur certains points, ces données demandaient à être vérifiées, classées et fondues dans un ouvrage d'ensemble et les conséquences qui en découlaient cherchaient leur discipline. La Faculté de droit de Paris avait mis cette matière au concours pour le prix Rossi. Le prix fut décerné au mémoire de M. Bressolles que le rapporteur, M. Esmein, appréciait ainsi : « Le mémoire n° 11 est une étude hors de pair..., l'auteur a fait une œuvre absolument personnelle et originale, où la richesse des détails satisfait le lecteur autant que la sûreté du coup d'œil; et il serait désormais imprudent d'aborder le sujet sans l'avoir consulté. Ce travail, plein de fines analyses et d'ingénieuses observations, honore grandement le concours. » L'ouvrage se divise en trois parties : notions historiques sur le don manuel; — exposé critique de la jurisprudence moderne sur le don manuel; — droit comparé et vues législatives sur le don manuel. La partie historique, est, en cette matière, très importante parce qu'elle fournit la clef des difficultés que rencontre la pratique. M. Bressolles qui est le premier à l'aborder, la traite très complètement. A Rome, le don manuel était usité et continua de l'être malgré la loi Cincia, qui vraisemblablement en restreignit la portée. Il l'était également avant l'Ordonnance de 1831 et échappait aux formes que la loi ou la pratique avaient imposées, dès le XVIe siècle, aux libéralités entre vifs. Les donations mobilières n'étant valables, sous le droit féodal, que lorsqu'elles s'effectuaient par la tradition réelle, le don manuel répondait exacte-

Digitized by Google

ment aux principes de ce droit. La règle : *donner et retenir ne vaut*, ne fit que le vérifier et le consolider, en le préservant des formalités qui furent imposées plus tard, par la loi et l'usage, aux autres donations. L'ordonnance de 1731 ne proscrivit pas le don manuel, mais à la suite de cette Ordonnance et sans qu'elle y donnât positivement lieu, un changement s'opéra dans le caractère du don manuel. Il prit dès lors ce caractère d'irrégulier qu'il a de nos jours et la tradition ne fut plus l'exécution du concours des volontés, mais la cause efficiente du don manuel. M. Bressolles continue son exposé historique en examinant, avec un soin qui ne se dément pas, la pratique du don manuel après l'Ordonnance. Ce point, dans la matière, est de la plus grande importance. Il sert à résoudre l'une des plus graves questions qu'on se pose aujourd'hui, celle de la validité du don manuel. Il résulte de ces données historiques que le don manuel a toujours existé dans l'ancien droit et qu'il s'est présenté aux rédacteurs du Code comme une vieille tradition qui continue d'être en vigueur et valable puisqu'ils ne l'ont ni exclue ni prohibée. M. Bressolles est ainsi conduit à l'étudier, sinon d'après les textes puisqu'ils sont muets à son endroit, du moins d'après la jurisprudence. Avant de se demander quelles sont les conditions du don manuel, quels en sont les effets et les suites et comment s'en effectue la preuve, l'auteur précise l'esprit dans lequel la loi moderne sur les donations doit être appliquée au don manuel. N'étant soumis à aucune forme du droit civil, doit-il rester sous l'empire des règles du droit naturel [1] ? Ne doit-il « relever que des lois de la morale, de l'utilité et de la raison qui sont les seules bases fondamentales du droit des gens [2] ? » M. Bressolles ne le croit pas, avec raison s'il prend son origine dans le droit naturel, le don manuel, du moment qu'il est agréé par le législateur, devient une institution de droit positif. S'il trouve dans la loi sa protection, il y trouve aussi son principe. Il en résultera que les règles ordi-

[1] Proudhon, *Dom. privé*, t. II, n° 632; Bordeaux, 4 mars 1835, S. 36, 2, 568 et 7 avril 1851, S. 51, 2, 486; Caen, 12 janvier 1822, S. chr.; Lyon, 25 fév. 1835, S. 35, 2, 424; Paris, 7 déc. 1852, S. 53, 2, 54; Nancy, 20 déc. 1873, S. 75, 2, 142.

[2] Dalloz, *Rép.*, v° *Droit civil*, n° 688, note 1 et v° *Dispos. entre vifs*, n° 1647.

Digitized by Google

naires de la preuve lui seront applicables, que celles des donations devront servir à déterminer ses conditions de validité et ses effets et que, comme les autres donations, il devra être traité avec rigueur. Loin d'entamer les règles de fonds des donations, le don manuel s'y soumet et il ne se départ des règles de forme que quand il s'agit de la transmission de la pleine propriété. « Il faut le comparer, dit l'auteur, à un soldat dans le rang comme les autres, soumis comme eux à la discipline, mais qu'on aurait dispensé de prendre l'uniforme. » M. Bressolles examine ensuite les effets de la loi fiscale sur le don manuel et termine son travail par une consultation complète des législations étrangères et des considérations sur une réforme législative. A ce propos, il formule, notamment, le désir que le législateur valide les pactes joints aux dons manuels sans distinctions et consacre la jurisprudence en cette matière [1].

Tel est cet ouvrage dont nous n'avons pu que donner une esquisse rapide et signaler l'esprit. C'est une vigoureuse construction dont on ne peut que se féliciter. Bien que le législateur ait a dire son mot, il serait peut-être imprudent, après un travail si complet, si juridique, de traiter encore le don manuel d' « irrégulier indisciplinato. » PIERRE SARRAUTE.

[1] Dans un compte-rendu de l'ouvrage de M. Bressolles (*Gaz. des trib.* du 7 nov. 1885), M. Deloume approuve cette jurisprudence et critique l'opinion de M. Labbé et de M. Bressolles, en se fondant sur ces paroles d'Ulpien : « Omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem etiam possunt nume« rationi pecuniæ, et ideo conditiones. » (Dig. L. 7, liv. 12, tit. I).

Ce texte, nous semble-t-il, ne veut pas dire que les pactes possibles dans toute stipulation soient possibles dans la tradition ; il ne parle que des modalités et encore toutes les modalités ne nous paraissent-elles pas autorisées. Il serait impossible de comprendre l'*accessio* en matière de tradition, ainsi que toute autre modalité, en dehors de la condition *sub qua*, du *dies a quo* et du *modus*.

Le texte d'Ulpien, à notre avis, n'a pas la portée générale qu'il offre au premier aspect et que semble lui prêter l'honorable professeur de Toulouse. Dans l'état actuel de la législation nous croyons que la jurisprudence va trop loin, sur ce point.

Digitized by Google

Un concours pour l'agrégation des Facultés de droit, ouvert le 15 septembre dernier, s'est terminé le 21 novembre.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM.	LACOSTE,	docteur de la Faculté de	Paris.
	PIÉDELIÈVRE,	—	Paris.
	GAUCKLER,	—	Nancy.
	VERMOND,	—	Paris.
	DE BŒCK,	—	Paris.
	CHARMONT,	—	Paris.
	FOURNIER,	—	Paris.
	CHAUSSE,	—	Aix.
	JUJAT,	—	Grenoble.
	DUJARRIER,	—	Lyon.
	BLONDEL,	—	Douai.
	MOREAU,	—	Bordeaux.
	AUDINET,	—	Poitiers.
	PRÉVOT-LEYGONIE,	—	Poitiers.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES

DROIT CIVIL.

Pages.

De la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce, par *M. Saint-Marc* 120, 227
De la responsabilité des locataires envers le bailleur au cas d'incendie d'après le nouvel article 1734 du Code civil (loi du 5 janvier 1883), par *M. Marc Sauzet* 166
Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire, 1883-1884, par *M. Ch. Massigli* 209
Des personnes morales, par *M. Sainctelette* 239
Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1883-1884, par *M. J.-E. Labbé* 337
Des attributions et de la responsabilité du notaire en second, par *M. H. Lespinasse* 421
Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1883-1884, par *M. Paul Pont* 481
Un mariage canonique devant la juridiction civile, par *M. Henri Pascaud* 536
De l'administration provisoire des biens des aliénés et de leur incapacité juridique d'après la législation en vigueur, le projet de loi sur les aliénés et les principales législations étrangères, par *M. Pierre Sarraute* 608

DROIT COMMERCIAL, MARITIME ET INDUSTRIEL.

Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, année judiciaire 1883-1884, par *M. E. Thaller* 273
La responsabilité des propriétaires de marchandises. Le capitaine est-il le mandataire des chargeurs? par *M. Alfred de Courcy*. 304
Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel, par *M. Ch. Lyon-Caen* 401
De la possibilité de combiner entre elles les diverses espèces de sociétés commerciales, par *M. Léon Lacour* 453
Deux mots sur un article de la livraison de juillet (réponse à M. Ch. Lyon-Caen), par *M. Alfred de Courcy* 627
Le Congrès international de droit commercial d'Anvers, par M. *Alfred de Courcy* 653

DROIT CRIMINEL.

Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, année judiciaire 1883-1884, par *M. Albert Desjardins* 81
De l'imputation de la détention préventive sur la durée de la peine, par *M. Henri Pascaud* 248
De l'élément moral dans les infractions non intentionnelles, par *M. A. Laborde* 256

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Examen doctrinal, jurisprudence administrative, année judiciaire 1883-1884, par *M. E. Wallon* 1, 641
Leçon d'ouverture du cours de droit administratif à la Faculté de droit de Bordeaux par *MM. Barckhausen* 31

DROIT INTERNATIONAL ET LÉGISLATION COMPARÉE.

La législation annamite, par *MM. Boüinais* et *Paulus* 48
Notice sur le Code de procédure civile de l'empire d'Allemagne, par *M. E. Lederlin* 493
Examen doctrinal, année 1884, par *M. Louis Renault* 577

ENREGISTREMENT.

Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement, par *M. Ch. Testoud* 145

TRAVAUX LÉGISLATIFS.

Revue des travaux législatifs, par *M. Ch. Testoud* 378

HISTOIRE DU DROIT.

La question des propriétés primitives, par *M. Léon Aucoc* 108
Origine romaine de la saisine héréditaire, par *M. Marcel Planiol*. 437

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE. Pages.

Traité élémentaire de droit civil, spécialement destiné aux étudiants des facultés de droit, par *M. Th. Aumaître;* compte rendu par *M. Georges Lebret*..... 76
Des rapports du sacerdoce avec l'autorité civile à travers les âges et jusqu'à nos jours au point de vue légal, par *M. Horoy;* compte rendu par *M. Georges Lebret*..... 77
Code des transports de marchandises et de voyageurs par chemins de fer, par *M. Féraud-Giraud;* compte rendu par *M. Louis Sarrut*..... 135
Répertoire de droit administratif, par *M. Léon Béquet;* — Des courtiers, par *M. J. Fabre;* — Histoire des impôts indirects, par *M. A. Rousset;* — Traité de la responsabilité en matière d'incendie, par *MM. A. Richard* et *Maxime Maucorps;* — Etude economique et juridique sur les associations, par *M. Joseph Drioux;* compte rendu par *M. Gabriel Debacq*..... 202
Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne en particulier sur le sénatus-consulte Velléien, suivi du caractère de la dot en droit romain et de la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine, par *M. Paul Gide*, 2e édition avec une notice biographique, des additions et des notes, par *M. A. Esmein;* compte rendu par *M. Hauriou*..... 268
Nouveau répertoire encyclopédique et raisonné de droit civil et de droit notarial, par *M. Genebrier;* compte rendu par *M. Georges Lebret*..... 271
Manuel de droit constitutionnel, par *M. Saint-Girons;* compte rendu par *M. Ch. Testoud*..... 325
La réforme pénitentiaire, son passé et son présent, par *M. João da Silva Mattos*, compte rendu par *M. Ch. Lucas*..... 366
Commentaire de la loi sur les syndicats professionnels du 22 mars 1884, par *MM. Alph. Ledru* et *F. Worms;* compte rendu par *M. Raoul Rousset*..... 393
Les origines du Sénat romain, par *M. G. Bloch;* compte rendu par *M. Théodore Reinach*..... 396
Traité théorique et pratique du divorce, explication de la loi du 27 juillet 1884, par *M. Adrien Carpentier;* compte rendu par *M. Georges Barbier*..... 476
Conversions, transports et mutations de valeurs mobilières, par *M. G. Duvert;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*..... 478
Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques, par *M. Georges Vidal;* compte rendu par *M. E. Thaller*..... 553
Effets internationaux des jugements en matière civile, par *M. Félix Moreau;* compte rendu par *M. F. Despagnet*..... 556
De la personnalité civile du département, par *M. Eugène Allard;* compte rendu par *M. Bourguin*..... 559
Code d'organisation judiciaire allemand, par *M. L. Dubarle;* compte rendu par *M. Albert Arnal*..... 562
Leçons de procédure civile, par *M. Boitard;* publiées par *M. Gustave Linage*, continuées et complétées par *M. G.-F. Colmet-Daage*, 14e édition mise au courant et refondue, par *M. E. Glasson;* compte rendu par *M. Antoine Faure*..... 571
De l'état anormal de la répression en matière de crimes capitaux et des moyens d'y remédier, par *M. Charles Lucas;* compte rendu par *M. Coniac*..... 629
Eléments de droit civil anglais, par *M. Ernest Lehr;* compte rendu par *M. Henri Pascaud*..... 635
Etudes sur les mœurs religieuses et sociales de l'Extrême Orient, par *Sir Alfred C. Lyall;* compte rendu par *M. Marc Sauzet*..... 689
Théorie et pratique des dons manuels, par *M. Paul Bressolles;* compte rendu par *M. Pierre Sarraute*..... 692

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS

MM. Pages

ARNAL.....Code d'organisation judiciaire allemand par *M. L. Dubarle* 562

AUCOC.....La question des propriétés primitives..... 108

BARBIER..... ....Traité théorique et pratique du divorce; explication de la loi du 27 juillet 1884, par *M. A. Carpentier*..... 476

BARCKHAUSEN.....Leçon d'ouverture du cours du droit administratif à la Faculté de droit de Bordeaux..... 31

BOÜINAIS et PAULUS...La législation annamite..... 48

BOURGUIN.....De la personnalité civile du département, par *M. Eugène Allard*..... 559

CONIAC.....De l'état anormal de la répression en matière de crimes capitaux et des moyens d'y remédier, par *M. Ch. Lucas*..... 629

COURCY (DE).....La responsabilité des propriétaires de marchandises. Le capitaine est-il le mandataire des chargeurs ?..... 304

— Deux mots sur un article de la livraison de juillet (réponse à M. Ch. Lyon-Caen)..... 627

— Le Congrès international de droit commercial d'Anvers..... 653

DEBACQ.....Répertoire de droit administratif, par *M. Léon Béquet;* — Des courtiers, par *M. J. Fabre;* — Histoire des impôts indirects, par *M. A. Rousset;* — Traité de la responsabilité civile en matière d'incendie, par *MM. Richard* et *Maucorps;* — Etude économique et juridique sur les associations, par *M. J. Drioux*..... 202

DESJARDINS.....Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, année judiciaire, 1883-1884..... 81

DESPAGNET.....Effets internationaux des jugements en matière civile, par *M. F. Moreau*..... 556

FAURE..... ..Leçons de procédure civile, par *M. Boitard;* — publiées par *M. Gustave de Linage;* — continuées et complétées par *M. G.-F. Colmet-Daage*, 14e édition mise au courant et refondue par *M. E. Glasson*..... 571

HAURIOU.....Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et intermédiaire et en particulier sur le Sénatus-Consulte Velléien, suivi du caractère de la dot en droit romain et de la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine, par *M. Paul Gide*, 2e édition avec une notice bibliographique, des additions et des notes, par *M. A. Esmein*..... 268

LABBÉ.....Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire, 1883-1884..... 337

LABORDE.....De l'élément moral dans les infractions non intentionnelles 256

LACOUR.....De la possibilité de combiner entre elles les diverses espèces de sociétés commerciales..... 453

LEBRET.....Traité élémentaire de droit civil, spécialement destiné aux élèves des Facultés de droit, par *M. Th. Aumaitre*..... 76

— Des rapports du sacerdoce avec l'autorité civile à travers les âges et jusqu'à nos jours au point de vue légal, par *M. Horoy*..... 77

— Nouveau répertoire encyclopédique et raisonné de droit civil et de droit civil notarial, par *M. A. Genebrier*..... 271

Digitized by Google

Pages.

LEDERLIN.....Notice sur le Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne..... 493
LESPINASSE.....Des attributions et de la responsabilité du notaire en second..... 421
LUCAS.....La réforme pénitentiaire, son passé, son présent, par *M. João da Silva Mattos*..... 366
LYON-CAEN.....Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel, année judiciaire 1883-1884..... 401
— Conversions, transferts et mutations de valeurs mobilières, par *M. G. Duvert*..... 478
MASSIGLI.....Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1883-1884..... 209
PASCAUD.....De l'imputation de la détention préventive sur la durée de la peine..... 248
— Un mariage canonique devant la juridiction civile..... 536
— Eléments de droit civil anglais, par *M. Ernest Lehr*..... 635
PLANIOL.....Origine romaine de la saisine héréditaire..... 437
PONT (Paul).....Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1883-1884..... 481
REINACH.....Les origines du Sénat romain, par *M. G. Bloch*. 396
RENAULT.....Examen doctrinal, droit international, décisions de 1884..... 577
ROUSSET.....Commentaire de la loi sur les syndicats professionnels du 22 mars 1884, par *MM. Alph. Ledru* et *F. Worms*..... 393
SAINCTELETTE.....Des personnes morales..... 239
SAINT-MARC.....De la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce..... 120, 227
SARRAUTE.....De l'administration provisoire des biens des aliénés et de leur incapacité juridique d'après la législation en vigueur, le projet de loi sur les aliénés et les principales législations étrangères..... 608
— Théorie et pratique des dons manuels, par *M. Paul Bressolles*..... 692
SARRUT.....Code des transports de marchandises et de voyageurs par chemins de fer, par *M. Féraud-Giraud*..... 135
SAUZET.....De la responsabilité des locataires envers le bailleur au cas d'incendie d'après le nouvel article 1734 du Code civil (loi du 5 janvier 1883)..... 166
— Etudes sur les mœurs religieuses et sociales de l'Extrême-Orient, par *Sir Alfred C. Lyall*.... 689
TESTOUD.....Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement..... 145
— Manuel de droit constitutionnel, par M. *Saint-Girons*..... 325
— Revue des travaux législatifs..... 378
THALLER.....Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, année judiciaire 1884-1885..... 273
— Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques, par *M. Georges Vidal*. 553
WALLON.....Examen doctrinal, jurisprudence administrative, année judiciaire 1884-1885..... 1, 641

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE. Pages.

Traité élémentaire de droit civil, spécialement destiné aux étudiants des facultés de droit, par *M. Th. Aumaître;* compte rendu par *M. Georges Lebret*..... 76
Des rapports du sacerdoce avec l'autorité civile à travers les âges et jusqu'à nos jours au point de vue légal, par *M. Horoy;* compte rendu par *M. Georges Lebret*..... 77
Code des transports de marchandises et de voyageurs par chemins de fer, par *M. Féraud-Giraud;* compte rendu par *M. Louis Sarrut*..... 135
Répertoire de droit administratif, par *M. Léon Béquet;* — Des courtiers, par *M. J. Fabre;* — Histoire des impôts indirects, par *M. A. Rousset;* — Traité de la responsabilité en matière d'incendie, par *MM. A. Richard* et *Maxime Maucorps;* — Etude economique et juridique sur les associations, par *M. Joseph Drioux;* compte rendu par *M. Gabriel Debacq*..... 202
Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne en particulier sur le sénatus-consulte Velléien, suivi du caractère de la dot en droit romain et de la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine, par *M. Paul Gide*, 2e édition avec une notice biographique, des additions et des notes, par *M. A. Esmein;* compte rendu par *M. Hauriou*..... 268
Nouveau répertoire encyclopédique et raisonné de droit civil et de droit notarial, par *M. Genebrier;* compte rendu par *M. Georges Lebret*..... 271
Manuel de droit constitutionnel, par *M. Saint-Girons;* compte rendu par *M. Ch. Testoud*..... 325
La réforme pénitentiaire, son passé et son présent, par *M. João da Silva Mattos*, compte rendu par *M. Ch. Lucas*..... 366
Commentaire de la loi sur les syndicats professionnels du 22 mars 1884, par *MM. Alph. Ledru* et *F. Worms;* compte rendu par *M. Raoul Rousset*..... 393
Les origines du Sénat romain, par *M. G. Bloch;* compte rendu par *M. Théodore Reinach*..... 396
Traité théorique et pratique du divorce, explication de la loi du 27 juillet 1884, par *M. Adrien Carpentier;* compte rendu par *M. Georges Barbier*..... 476
Conversions, transports et mutations de valeurs mobilières, par *M. G. Duvert;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*..... 478
Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques, par *M. Georges Vidal;* compte rendu par *M. E. Thaller*..... 553
Effets internationaux des jugements en matière civile, par *M. Félix Moreau;* compte rendu par *M. F. Despagnet*..... 556
De la personnalité civile du département, par *M. Eugène Allard;* compte rendu par *M. Bourguin*..... 559
Code d'organisation judiciaire allemand, par *M. L. Dubarle;* compte rendu par *M. Albert Arnal*..... 562
Leçons de procédure civile, par *M. Boitard;* publiées par *M. Gustave Linage*, continuées et complétées par *M. G.-F. Colmet-Daage*, 14e édition mise au courant et refondue, par *M. E. Glasson;* compte rendu par *M. Antoine Faure*..... 571
De l'état anormal de la répression en matière de crimes capitaux et des moyens d'y remédier, par *M. Charles Lucas;* compte rendu par *M. Coniac*..... 629
Eléments de droit civil anglais, par *M. Ernest Lehr;* compte rendu par *M. Henri Pascaud*..... 635
Etudes sur les mœurs religieuses et sociales de l'Extrême Orient, par *Sir Alfred C. Lyall;* compte rendu par *M. Marc Sauzet*..... 689
Théorie et pratique des dons manuels, par *M. Paul Bressolles;* compte rendu par *M. Pierre Sarraute*..... 692

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS

MM. Pages

ARNAL.....Code d'organisation judiciaire allemand par *M. L. Dubarle* 562

AUCOC.....La question des propriétés primitives..... 108

BARBIER..... ....Traité théorique et pratique du divorce; explication de la loi du 27 juillet 1884, par *M. A. Carpentier*..... 476

BARCKHAUSEN.....Leçon d'ouverture du cours du droit administratif à la Faculté de droit de Bordeaux..... 31

BOÜINAIS et PAULUS...La législation annamite..... 48

BOURGUIN.....De la personnalité civile du département, par *M. Eugène Allard*..... 559

CONIAC.....De l'état anormal de la répression en matière de crimes capitaux et des moyens d'y remédier, par *M. Ch. Lucas*..... 629

COURCY (DE).....La responsabilité des propriétaires de marchandises. Le capitaine est-il le mandataire des chargeurs ?..... 304

— Deux mots sur un article de la livraison de juillet (réponse à M. Ch. Lyon-Caen)..... 627

— Le Congrès international de droit commercial d'Anvers..... 653

DEBACQ.....Répertoire de droit administratif, par *M. Léon Béquet;* — Des courtiers, par *M. J. Fabre;* — Histoire des impôts indirects, par *M. A. Rousset;* — Traité de la responsabilité civile en matière d'incendie, par *MM. Richard* et *Maucorps;* — Etude économique et juridique sur les associations, par *M. J. Drioux*..... 202

DESJARDINS .....Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, année judiciaire, 1883-1884..... 81

DESPAGNET.....Effets internationaux des jugements en matière civile, par *M. F. Moreau*..... 556

FAURE..... ..Leçons de procédure civile, par *M. Boitard;* — publiées par *M. Gustave de Linage;* — continuées et complétées par *M. G.-F. Colmet-Daage*, 14e édition mise au courant et refondue par *M. E. Glasson*..... 571

HAURIOU.....Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et intermédiaire et en particulier sur le Sénatus-Consulte Velléien, suivi du caractère de la dot en droit romain et de la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine, par *M. Paul Gide*, 2e édition avec une notice bibliographique, des additions et des notes, par *M. A. Esmein*..... 268

LABBÉ.....Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire, 1883-1884..... 337

LABORDE.....De l'élément moral dans les infractions non intentionnelles 256

LACOUR.....De la possibilité de combiner entre elles les diverses espèces de sociétés commerciales..... 453

LEBRET.....Traité élémentaire de droit civil, spécialement destiné aux élèves des Facultés de droit, par *M. Th. Aumaître*..... 76

— Des rapports du sacerdoce avec l'autorité civile à travers les âges et jusqu'à nos jours au point de vue légal, par *M. Horoy*..... 77

— Nouveau répertoire encyclopédique et raisonné de droit civil et de droit civil notarial, par *M. A. Genebrier*..... 271

Digitized by Google

Pages.

LEDERLIN.....Notice sur le Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne..... 493
LESPINASSE.....Des attributions et de la responsabilité du notaire en second..... 421
LUCAS.....La réforme pénitentiaire, son passé, son présent, par *M. Joâo da Silva Mattos*..... 366
LYON-CAEN.....Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel, année judiciaire 1883-1884..... 401
— Conversions, transferts et mutations de valeurs mobilières, par *M. G. Duvert*..... 478
MASSIGLI.....Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1883-1884..... 209
PASCAUD.....De l'imputation de la détention préventive sur la durée de la peine..... 248
— Un mariage canonique devant la juridiction civile..... 536
— Eléments de droit civil anglais, par *M. Ernest Lehr*..... 635
PLANIOL.....Origine romaine de la saisine héréditaire..... 437
PONT (Paul).....Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1883-1884..... 481
REINACH.....Les origines du Sénat romain, par *M. G. Bloch*. 396
RENAULT.....Examen doctrinal, droit international, décisions de 1884..... 577
ROUSSET.....Commentaire de la loi sur les syndicats professionnels du 22 mars 1884, par *MM. Alph. Ledru* et *F. Worms*..... 393
SAINCTELETTE.....Des personnes morales..... 239
SAINT-MARC.....De la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce..... 120, 227
SARRAUTE.....De l'administration provisoire des biens des aliénés et de leur incapacité juridique d'après la législation en vigueur, le projet de loi sur les aliénés et les principales législations étrangères..... 608
— Théorie et pratique des dons manuels, par *M. Paul Bressolles*..... 692
SARRUT.....Code des transports de marchandises et de voyageurs par chemins de fer, par *M. Féraud-Giraud*..... 135
SAUZET.....De la responsabilité des locataires envers le bailleur au cas d'incendie d'après le nouvel article 1734 du Code civil (loi du 5 janvier 1883)..... 166
— Etudes sur les mœurs religieuses et sociales de l'Extrême-Orient, par *Sir Alfred C. Lyall*.... 689
TESTOUD.....Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement..... 145
— Manuel de droit constitutionnel, par M. *Saint-Girons*..... 325
— Revue des travaux législatifs..... 378
THALLER.....Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, année judiciaire 1884-1885..... 273
— Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques, par *M. Georges Vidal*. 553
WALLON.....Examen doctrinal, jurisprudence administrative, année judiciaire 1884-1885..... 1, 641

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google